Das Zusammentreffen von Ansprüchen aus Vertrag und unerlaubter Handlung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der hohen Juristischen Fakultät

der Königlichen Universität zu Marburg

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Paul Albert

Referendar in Wiesbaden.

MAINZ 1914

Buchdruckerei L. Bötticher Nachfolger

P. und J. Meunier.

Das Zusammentreffen von Ansprüchen aus Vertrag und unerlaubter Handlung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der hohen Juristischen Fakultät

der Königlichen Universität zu Marburg

vorgelegt von

Paul Albert

Referendar in Wiesbaden.

MAINZ 1914

Buchdruckerei L. Bötticher Nachfolger

P. und J. Meunier.

Berichterstatter: Prof. Dr. F. Leonhard.

Einteilung.

Kapitel I. Der Begriff des Zusammentreffens.

I. Einleitung und geschichtlicher Überblick . . . § 1

II. Begriffsbestimmung . . . . . § 2

1. Die verschiedenen Ansprüche,
2. Das Gegeneinander der Ansprüche,
3. Das gemeinsame rechtliche Interesse,
4. Die Gleichheit der beteiligten Personen,
5. Das Ergebnis.

Kapitel II. Das Verhältnis der Ansprüche aus Vertrag und unerlaubter Handlung.

I. Die Bedeutung der Frage . . . . . § 3

II. Die drei Möglichkeiten . . . . . § 4

1. Die Vertragsverletzung nicht unter allen Umständen eine unerlaubte Handlung § 5

2. Durch das Zusammentreffen entsteht nur ein Anspruch:

a) Einschränkung des Anspruchs aus unerlaubter Handlung zu Gunsten des Vertagsanspruchs . . . . . §§ 6, 7

b) Einschränkung des Vertragsanspruchs zu Gunsten des Anspruchs aus unerlaubter Handlung . . . . . § 8

3. Beide Ansprüche treffen grundsätzlich unbeschränkt zusammen . . . . . § 9

III. Die grundsätzliche Stellungnahme des Verfassers . . . . . § 10

Kapitel III. Die Wirkungen des Zusammentreffens.

I. Einfluß des Vertrags auf die Widerrechtlichkeit § 11

II. Einfluß des Vertrags auf das Verschulden . . § 12

Literatur-Verzeichnis.

I. Lehrbücher, Monographien und Aufsätze:

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 6. Aufl.

Behrend, Die Konkurrenz der Kontraktsklage mit der Deliktsklage. Diss. Greifswald 1900.

v. Blume, Vertragshaftung und Deliktshaftung, Tiergefahr und Vertragsgefahr, im Recht 1905 S. 481 f.

Burchard, Vertragsnormen und Deliktsnormen in Anwendung auf denselben Tatbestand. Diss. Heidelberg 1909.

Bürgner, Das Verhältnis des Anspruchs aus unerlaubter Handlung zum Vertragsanspruch, Heidelberger Diss. 1909.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 1: Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen. 3. Aufl. 1900.

Crome, System des bürgerlichen Rechts Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. 1902.

Crome, Der Anspruch aus unerlaubter Handlung in Konkurrenz mit anderen Ansprüchen aus demselben Tatbestand, in der DJZ. 1904, S. 14 ff.

Dernburg, Pandekten Bd. 2, Obligationenrecht 3. Aufl.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußen, Bd. 2. 1./2. Aufl.

Eisele, Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz, Arch. für ziv. Praxis, Bd. 79, S. 327 ff.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 9. Aufl.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Band, Einleitung, Allgemeiner Teil, Schuldverhältnisse, 4./5. Aufl.

H. A. Fischer, Der Schaden nach dem BGB. 1903.

O. Chr. Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts nach dem BGB. für das Deutsche Reich. 1905.

Glück, Pandekten 1808, X.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.

Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1. 1903.

Hellwig, Gesetzeskonkurrenz und Tierhaftung, in DJZ. 1906, S. 1289 ff.

Helßig, Zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen nach römisch. Recht 1887.

Huschke, Zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen (Zeitschr. für Zivilrecht und Prozeß, Bd. 2. N. F. Nr. 10). 1846.

Jsay, Die Geschäftsführung nach dem BGB. für das Deutsche Reich. 1900.

Kipp, Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen, DJZ. 1903, S. 253 ff.

Kleinschrod, Zur Lehre der Konkurrenz der Klagen. 1849.

Krückmann, Verschuldensabrechnung und Gefährdungsaufrechnung (Jherings Jahrb., Bd. 52.)

Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen BGB. 1903.

Last, Anspruchskonkurrenz und Gesamtschuldverhältnis.
Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. 1912.
Leonhard, In Birkmeyers Encyclopaedie, 2. Aufl., S. 120.
Leonhard, Verschulden beim Vertragsschlusse. 1910.
v. Liszt, Deliktsobligationen im System des BGB. 1898.
v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts. 16./17. Aufl.
Litten, Zur Abänderung des § 138 BGB. DJZ. 1905, S. 339 ff.
Martens, Über Konkurrenz und Kollision der römischen Zivilklagen. 1856.
Joh. Merkel, Über den Konkurs der Aktionen im römischen Privatrecht. 1877.
F. Müller, Rechtscharakter der Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten nach § 618 BGB. Diss. Heidelberg 1912.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, das Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl.
Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht. 1867.
Peters, Klagenkonkurrenz nach römischem, gemeinem und neuem bürgerlichen Recht. 1902.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl.
Prym, Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruch aus unerlaubter Handlung nach dem Recht des BGB. 1906.
Reichsgerichtsräte, Kommentar des BGB., 2. Aufl.
Regelsberger, Pandekten, Bd. 1. 1893.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5. 1841.
Siber, Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zu der Lehre von der Aktionenkonkurrenz. 1907.
Staudinger, Kommentar zum BGB., 5./6. Aufl.
Stipanski, Konkurrenz der Kontraktsklage mit der Deliktsklage. Diss. Greifswald 1901.
Titze, Über O. Chr. Fischer Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. 57, S. 447.
Traeger, Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht (in Festgaben der Marburger Juristischen Fakultät für Ludwig Enneccerus) Marburg 1913.
v. Tuhr, Grünhuts Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 25 S. 567 ff. und Krit. Vierteljahresschrift Bd. 47 S. 880 ff.
v. Tuhr, DJZ. 1901, S. 426.
Unger, System des Österreichischen Privatrechts, 4. Aufl. 1868.
Waldmüller, Verletzung der Schuldnerpflicht und unerlaubte Handlung, Diss. Tübingen 1907.
Wangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 3, 7. Aufl.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl.
Wrzeszinski, Die Konkurrenz der Ansprüche nach gemeinem Recht und dem Recht des BGB. Diss. Freiburg 1902.
Zitelmann, Ausschluß der Rechtswidrigkeit, Arch. für. ziv. Praxis, Bd. 99, S. 1 ff.
Zitelmann, Intern. Privatrecht, Bd. 2. 1897—1903.

II. Zeitschriften, Entscheidungen, Materialien.

Archiv für zivilistische Praxis.
Blätter für Rechtsanwendung.
Deutsche Juristenzeitung.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
Grünhuts Zeitschrift für Handelsrecht.
Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik des römischen und deutschen Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Kritische Vierteljahresberichte.
Motive zum ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des BGB.
Das Recht.
Rechtssprechung der Oberlandesgerichte.
Seuffert, Archiv für die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe in den Deutschen Staaten.

Kapitel I.

Der Begriff des Zusammentreffens.

I.

Einleitung und geschichtlicher Überblick.

§ 1.

Unter dem „Zusammentreffen von Ansprüchen“ oder der „Konkurrenz von Ansprüchen“, wie man das Zusammentreffen unter Beibehaltung der gemeinrechtlichen Ausdrucksweise heute noch fast ausschließlich nennt, wird ein bestimmter Zusammenhang mehrerer Ansprüche verstanden.

Die Lehre von dem Zusammentreffen der Ansprüche hat von dem gemeinen Recht an bis heute zu den mannigfachsten Untersuchungen Anlaß gegeben. Daß man bei der Erörterung der diese Frage betreffenden Zweifel zu so außerordentlich auseinandergehenden Ergebnissen gekommen ist, liegt nicht zuletzt an der wenig glücklichen Behandlung, welche die Kompilatoren des corpus juris dem ihnen zu unserer Frage vorliegenden klassischen Rechtsstoff haben zuteil werden lassen.

Während nämlich eine größere Anzahl von Quellenstellen sich unbedingt für ein Zusammentreffen von Ansprüchen aus der actio ex delicto mit der actio ex contractu aussprechen,[1]) bedürfen andere, sich völlig widersprechende Stellen der Ergänzung, Umarbeitung und Umdeutung, ehe sie sich in die aus den zuverlässigeren Stellen gewonnenen Grundsätze einfügen lassen.

Die Schwierigkeit dieser Quellenbearbeitung macht es erklärlich, daß zumal die gemeinrechtliche Wissenschaft, die ausschließlich auf diese Quellen angewiesen war, zu den verschiedensten Ergebnissen gelangt ist, eine Tatsache, die bis in unsere Zeit verwirrend gewirkt hat.[2])

---

[1]) L 7 § 8 D 9,2; L 18 D 9,2; L 27 § 34 D 9,2; L 42 D 9,2; L 18 § 1 D 13,6; L 30 § 2 D 19,2; L 43 D 19,2; L 34 § 2 D 44,7.

[2]) Merkel: Über den Konkurs der Aktionen 1877 § 8 S. 56.
Kleinschrod: Zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen 1849 § 1.

Im Gegensatz zu dem klassischen römischen Recht leugnen die älteren gemeinrechtlichen Schriftsteller die Möglichkeit eines Zusammentreffens von Ansprüchen ex delicto und ex contractu. So Sturm, Berger, Lauterbach, Thomasius, Schmidt, Höpfner, Günther. Ihnen tritt als erster Cocceji entgegen, dessen Lehre von Krause, Schömann, Egid von Löhr ausgebaut und im Wesentlichen auch von Glück[1]) vertreten wird.

Die jüngere gemeinrechtliche Forschung hat die Möglichkeit des Zusammentreffens nicht mehr bestritten, wenn man sich auch über die Einzelfragen keineswegs geeinigt hat.

So kam es, daß man eine Stellungnahme zu unserer Frage bei der Bearbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht für möglich hielt. Eine gesetzliche Regelung schien eher Schaden als Nutzen zu versprechen.

Auch die Versuche einer Regelung in § 149 des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen vom 2. 1. 1863 und im Artikel 322 des Dresdener Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechts, der dem § 149 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches nachgebildet war, konnten die Bearbeiter unseres Bürgerlichen Gesetzbuches nicht veranlassen, in dem Gesetz zu unserer Frage Stellung zu nehmen. Man kam daher überein, es der freien wissenschaftlichen Forschung nach wie vor zu überlassen, sich mit dem Begriff und den Wirkungen des Zusammentreffens von Ansprüchen zu beschäftigen.[2])

II.

Begriffsbestimmung.

§ 2.

1. Mehrere Ansprüche.

Den Vorgang, den wir heute mit Zusammentreffen von Ansprüchen bezeichnen, kennzeichnet Paulus, der als erster Schriftsteller unsere Lehre zusammenfassend behandelte, mit den Worten: „actiones concurrunt".[3])

Die Vorstellung, die diesem Wortbild zu Grunde liegt, haben wir in den Grundzügen aus der römischen in unsere Denkweise übernommen. Es konnte sich also im Wesentlichen nur darum

[1]) Pand. 1808 X § 699 S. 310 ff.
[2]) Motive Bd. 1 S. 278.
[3]) L 34 D 44,7 — L 89 D 47,2.

handeln, den römisch-rechtlichen Begriff in Einzelheiten den veränderten Verhältnissen unseres heutigen Rechtssystems anzupassen.

Eine Änderung muß dabei besonders berücksichtigt werden. Während man nämlich im römischen und im älteren gemeinen Recht, indem man sich das Recht des Einzelnen nicht ohne das Element des Gerichtsschutzes denken konnte, unter actio das Klagerecht, d. h. den Anspruch in einem zugleich prozessualen Sinn verstand, wird heute unter Anspruch das Recht verstanden, von einer bestimmten Person ein Tun oder Unterlassen zu verlangen.[1])

An Stelle der prozessual beeinflußten Auffassung des römischen Rechts, die sich aus der Tätigkeit und Stellung der Prätoren als richterliche Beamte, denen die „Betätigung des Rechts" das Nächstliegendste war, ergibt,[2]) ist die heutige Auffassung getreten, der die gerichtliche Verfolgbarkeit erst als die Folge, das Recht aber als der Grund erscheint.

Diese Auffassung, die sich durch eine scharfe Trennung des rein civilrechtlichen Gepräges der actio von dem öffentlich-rechtlichen auszeichnet, und die nach den durchschlagenden Ausführungen von Windscheid[3]) auch in unser Bürgerliches Gesetzbuch ihren Einzug gehalten hat, ist auf unsere Lehre insofern von Einfluß gewesen, als wir nicht mehr von einem Zusammentreffen der Klagerechte reden können, wie das römische und ältere gemeine Recht, sondern daß nach der Denkweise, welche für die Entstehung unseres Gesetzes maßgebend war, der Zusammenhang mehrerer Ansprüche und ihre Einwirkung aufeinander unabhängig gedacht werden muß von der gerichtlichen Verfolgbarkeit.

2. Das Gegeneinander der Ansprüche.

Es kann nicht verwunderlich sein, daß nicht jedes Nebeneinander civilrechtlicher Ansprüche Gegenstand unserer Lehre sein kann, da eine Zusammenfassung der verschiedensten Gebilde unter einen unbegrenzten Begriff naturgemäß besondere Ergebnisse weder für die grundsätzliche Betrachtung noch für die Rechtsanwendung haben kann.[4]) So können dasselbe Haus oder dasselbe Pferd Gegenstand der verschiedensten Ansprüche sein, ohne daß diese mit-

[1]) Enneccerus 4./5. Aufl. § 203 S. 522.
vgl. auch Anm. 1 daselbst.
[2]) Fr. Leonhard in Birkmeyer's Encyclopaedie 2. Aufl. S. 120.
[3]) I § 44 Nr. 6.
[4]) Martens § 1 S. 1 — Merkel § 1 S. 1 — Wrzeszinski § 3 S. 6.

einander eine die Wissenschaft oder Praxis interessierende Berührung hätten.[1]) Es kommen daher für die Frage des Zusammentreffens nur die Fälle in Betracht, bei denen ein Gegeneinander von Ansprüchen vorhanden ist, und in denen es sich darum handelt, festzustellen, welchen Einfluß das gleichzeitige Vorhandensein mehrerer Ansprüche auf die Wirksamkeit des Einzelnen hat.[2])

3. Das gemeinsame rechtliche Interesse.

Das Wesen des bestimmten Zusammenhanges, der die Voraussetzung für ein Zusammentreffen von Ansprüchen ist, kann nur aus der Natur des Anspruches selbst erklärt werden. Die Identität eines der besonderen Merkmale, die das Wesen des Anspruches bestimmen, stellt das für das Zusammentreffen bezeichnende Verhältnis mehrerer Ansprüche zueinander her.[3])

Während früher von einzelnen Schriftstellern[4]) infolge der noch nicht streng durchgeführten Begrenzung des Begriffes ein Zusammentreffen von Ansprüchen auch bei Identität des Entstehungsgrundes angenommen wurde, besteht heute kein Zweifel mehr darüber, daß das gemeinschaftliche Merkmal nur in der Identität des „rechtlichen Interesses" des Berechtigten gefunden werden kann, da jeder Anspruch seinem Wesen nach in der Verwirklichung eines rechtlichen Interesses des Berechtigten besteht.[5])

Bezüglich der Fassung dieses im Allgemeinen anerkannten Gedankens bestehen allerdings noch Verschiedenheiten. Savigny,[6]) Unger,[7]) Merkel,[8]) Last[9]) und Hellßig[10]) finden das Bestimmende in der „Gemeinsamkeit des Gegenstandes" bezw. der

---

[1]) Savigny V § 231 S. 208.
[2]) Merkel § 2 S. 4.
[3]) Savigny V § 231 S. 205. — Last § 2 S. 9. — Unger II § 117.
[4]) Huschke, Zeitschr. für Zivilrecht und Prozeß Bd. 2 N. F. Nr. 10. Kleinschrod S. 10.
[5]) Hellwig Anspr. § 15 S. 105. — Regelsberger Pand. I § 180 S. 653. — Wrzeszinski § 6 S. 10.
[6]) V § 231 S. 206.
[7]) II § 117 vor Anmerkung 4.
[8]) § 10 S. 82. — § 11 S. 93 ff.
[9]) § 2 S. 9, vgl. jedoch „Zweck" S. 27.
[10]) S. 8 jedoch S. 24: „Ziel".

„Leistung", während andere von einer Identität des „Zweckes",[1]) des „Zieles",[2]) des „Erfolges"[3]) oder des „Interesses"[4]) sprechen.

Eine besondere Bedeutung kann allen diesen sich grundsätzlich in der von uns gekennzeichneten Richtung bewegenden Abweichungen in der Bezeichnung nicht beigemessen werden, wie auch schon daraus hervorgeht, daß einzelne Schriftsteller mehrere der genannten Bezeichnungen benutzten, um denselben rechtlichen Gedanken auszusprechen.

4. Die Gleichheit der beteiligten Personen.

Als wesentliches Merkmal für den Begriff des Zusammentreffens von Ansprüchen wird noch die Gleichheit der durch die verschiedenen Ansprüche berechtigten und verpflichteten Personen gefordert werden müssen. Eine Anzahl namentlich älterer Schriftsteller[5]) hält allerdings die Gleichheit der Personen nicht für erforderlich, wenn sie auch dieser Art des Zusammentreffens eine besondere Aufmerksamkeit und eine gesonderte Behandlung in der Regel zuteil werden läßt. Eine Ausnahmestellung zu unserer Frage nimmt Martens[6]) ein, nach dem die Gleichheit der Verpflichteten wohl Voraussetzung des Zusammentreffens, die der Berechtigten dagegen nur die Regel ist und Windscheid,[7]) der im Gegensatz zu Martens zwar die Gleichheit der berechtigten nicht aber der verpflichteten Personen fordert.

Der Sonderstellung, die dem Zusammentreffen von Ansprüchen bei Personenmehrheit zuteil geworden ist, hat die neuere Lehre seit Eisele insofern Rechnung getragen, als sie das Merkmal der Personengleichheit in die Begriffsbestimmung des Zusammentreffens von Ansprüchen aufgenommen hat, und die übrigen Fälle an

---

[1]) Windscheid Pand. 2. Aufl. § 121 S. 318 f. — Arndts Pand. 6. Aufl. § 105 S. 151. — Puchta Pand. 7. Aufl. § 87 S. 129. — Langheineken § 8 S. 14. — Eisele Ziv.-Prax. A. F. Nr. 79 S. 329, 368, jedoch S. 330: „Ziel".

[2]) Dernburg Pand. 3. Aufl. I § 135 S. 310, 312; vgl. auch Lent Gesetzeskonkurrenz 1912 S. 72.

[3]) Endemann Lehrb. 8. Aufl. I S. 418.

[4]) Enneccerus 4./5. Aufl. § 209 III S. 542.

[5]) Savigny V § 231 S. 208. — Merkel § 13 S. 180, 120, 123. — Kleinschrod S. 9, 11. — Unger § 117 S. 387. — Last § 2 S. 9.

[6]) § 3 S. 69.

[7]) Pand. 2. Aufl. Bd. 1 § 121 S. 319.

anderer Stelle behandelt.[1]) Es ist Eisele darin zuzustimmen, daß er die Frage der Personengleichheit lediglich als eine Nützlichkeitsfrage bezeichnet, über die man daher auch lediglich unter diesem Gesichtspunkt streiten soll. Es ist aber doch im Interesse einer scharfen Begrenzung des Begriffes zu begrüßen, daß man die Personengleichheit fast allgemein als Voraussetzung aufgenommen hat. Es werden damit eine Anzahl von Rechtsgebilden aus unserer Betrachtung ausgeschaltet, deren Erörterung im Zusammenhang mit unserer Frage eher verwirrend als klärend gewirkt hat.

5. Zusammenfassung.

Das Ergebnis der vorausgegangenen Erörterungen läßt sich in folgender Begriffsbestimmung zusammenfassen:

> Unter Zusammentreffen von Ansprüchen wird der Zusammenhang mehrerer auf dasselbe juristische Interesse gerichteter Ansprüche eines Berechtigten gegenüber einem Verpflichteten verstanden.[2])

Der so geartete Zusammenhang kann nun seine Entstehung einem oder auch mehreren äußeren Vorgängen verdanken. Unsere Betrachtung soll sich insofern beschränken, als lediglich der Sonderfall des Zusammentreffens untersucht werden soll, in dem durch denselben äußeren Vorgang ein Anspruch aus Vertrag und ein solcher aus unerlaubter Handlung erzeugt werden.

Krückmann[3]) leugnet zwar, daß wir es in unserem Fall mit zwei Ansprüchen auf Grund eines Tatbestandes zu tun hätten. Er meint, daß es sich um zwei Ansprüche auf Grund von zwei Tatbeständen handele. Dem ist jedoch nicht beizutreten. Es ist lediglich eine Folge der juristischen Wertung, die auf der eigenartigen Gestalt unseres Gesetzes beruht, wenn man sagt: der eine Tatbestand erzeugt nicht nur einen Vertragsanspruch sondern auch einen Anspruch aus unerlaubter Handlung. Es ist aber fehlerhaft, aus den Verschiedenheiten, die sich als Ergebnisse der Betrachtungsweise darstellen, auf die Verschiedenheit des Tatbestandes zu schließen, der ganz unabhängig von seinen Rechtsfolgen als ein äußerer Vor-

---

[1]) Eisele a. a. O. S. 330 f. — Peters § 1 S. 5. — Wrzeszinski § 5 S. 8 f. — Bindseil § 1 S. 8.

[2]) ähnlich: Bindseil § 1 S. 8. — Wrzeszinski § 4 S. 8.

[3]) Iherings Jahrb. Bd. 52 S. 428 ff.

gang in die Erscheinung tritt.[1]) Es ist daher die seitherige Auffassung: ein und derselbe Tatbestand kann Ansprüche aus Vertrag und aus unerlaubter Handlung erzeugen, nach wie vor unerschüttert.

Zu bemerken ist dazu noch, daß diese Ausdrucksweise insofern ungenau ist, als unter der Bezeichnung „Ansprüche aus Vertrag" für unsere Lehre auch die Ansprüche aus einseitigen Rechtsgeschäften verstanden werden müssen.

---

[1]) Bürgner § 5 S. 18.

Kapitel II.

Das Verhältnis der Ansprüche aus Vertrag und unerlaubter Handlung.

I.

Die Bedeutung der Frage.

§ 3.

Eine der wichtigsten aber auch schwierigsten Fragen aus der Lehre vom Zusammentreffen ist die vom Verhältnis der gesetzlichen Bestimmungen des Deliktsrechtes zu denen des Vertragsrechtes. Von der Beantwortung dieser Frage hängt es ab, ob ein Tatbestand nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlung oder des Vertrages beurteilt werden muß. Die Bedeutung der Entscheidung wird sofort klar, wenn man die Verschiedenheiten berücksichtigt, welche zwischen den beiden Gruppen von Vorschriften bestehen. Es sollen hier nur einige aufgeführt werden.[1])

Die Voraussetzungen für den Eintritt der Schadensersatzpflicht sind insofern verschieden, als nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlungen für jedes Verschulden gehaftet wird, während das Vertragsrecht eine Haftung unter Umständen erst bei Außerachtlassung der Sorgfalt, die der Schuldner in eigenen Angelegenheiten anwendet, oder bei grober Fahrlässigkeit eintreten läßt.

Ferner hat nach § 278 BGB. der Schuldner ein Verschulden seiner gesetzlichen Vertreter sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Für die unerlaubten Handlungen läßt § 831 BGB. die Haftung ganz ohne Rücksicht auf das Verschulden der Hilfspersonen eintreten, wenn diese in Ausführung der Verrichtungen, zu denen sie bestellt sind, einem Dritten widerrechtlich einen Schaden zufügen. Auch läßt § 831 BGB. für das

[1]) Liszt: Deliktsobligationen § 2 S. 8 ff. — Burchard § 1 S. 3. — Waldmüller § 6 S. 27.

Gebiet der unerlaubten Handlungen den Exculpationsbeweis des Geschäftsherrn zu.

Die Verjährung ist insofern für Vertrag und unerlaubte Handlung verschieden geregelt, als nach § 852 BGB. die Verjährungsfrist für Ansprüche aus unerlaubter Handlung nur 3 Jahre seit der Kenntnis des Schadens und ohne Rücksicht auf die Kenntnis 30 Jahre beträgt, während für Vertragsansprüche die gewöhnliche Frist von 30 Jahren seit der Entstehung des Schadens gilt. (§§ 195, 198 BGB.)

Weiter bietet die Bestimmung des § 830 BGB. demjenigen, der gegen mehrere einen Anspruch aus unerlaubter Handlung hat, gegenüber dem nur aus Vertrag Berechtigten eine erhebliche Beweiserleichterung.

Auch § 829 BGB. stellt den aus unerlaubter Handlung Klagenden unter Umständen günstiger.[1])

Von ganz besonderer Tragweite ist aber die Tatsache, daß der Umfang der Schadenersatzpflicht sehr verschieden sein kann, je nachdem der Anspruch sich auf Vertrag oder auf unerlaubte Handlung gründet. Während für den Vertragsschaden die §§ 249 ff. BGB. in Betracht kommen, sind für die unerlaubten Handlungen in den §§ 842 bis 847 BGB. besondere Bestimmungen gegeben, die auf den Vertragsschaden nicht anwendbar sind. Allerdings wird man dem § 842 BGB. eine Sonderstellung einräumen müssen. Der in § 842 geregelte Schaden ist nämlich in den §§ 249 und 252 BGB. enthalten und kann daher auch innerhalb des Vertragsrechtes entsprechend diesen Vorschriften gefordert werden. Man wird demnach annehmen müssen, daß § 249 das allgemeine Prinzip enthält, dessen Anwendung in § 842 „nach einer bestimmten Richtung entwickelt und erläutert" wird.[2]) Dafür spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 842, der lediglich erläuternd, nämlich „um Zweifel abzuschneiden und den Verletzten sicher zu stellen", gedacht war.[3]) Daraus folgt, daß die Anwendung des § 842 BGB. nicht unbedingt auf die in ihm geregelten Tatbestände beschränkt werden muß, sondern daß er in entsprechender Anwendung auch auf unerlaubte Handlungen, die nicht unmittelbar gegen die Person gerichtet sind,

---

[1]) Kommentar der R.-G.-Räte 1. Aufl. zu § 829 Anm. 1. A. M. wohl zu Unrecht. Kom. von Staudinger 5./6. Aufl. zu § 276 Anm. I 2 b S. 150.

[2]) Komm. der R.-G.-Räte 2. Aufl. zu § 842 Anm. 1. — Planck 3. Aufl. zu § 842 Anm. 1. — Liszt § 5 S. 62 ff.

[3]) Protokolle II S. 636 ff.

aber im Erfolg ebenfalls auf sie wirken, sowie auf andere als die im § 618 geregelten vertraglichen Schadensersatzverpflichtungen ausgedehnt werden muß.[1])

Nicht auf Vertragsschäden sind aber anwendbar die §§ 844/45 BGB., in denen bestimmten dritten Personen ein Schadensersatzanspruch gegen den Schädigenden eingeräumt wird.

Aus dem Vertrag werden regelmäßig nur die Vertragsschließenden berechtigt und verpflichtet; nicht auch Dritte, denen durch die Vertragsverletzung einer der Vertragsparteien ein Schaden zugefügt worden ist.[2]) Beim Vertrag zu Rechten eines Dritten steht diesem der Anspruch zu. Daraus folgt, daß die mittelbar geschädigten Personen nur den Schaden geltend machen können, welcher der geschädigten Vertragspartei entstanden ist, und zwar nur als deren Erben.[3]) Dazu gehören unter Umständen die Heilungskosten. Niemals aber Beerdigungskosten und der Schaden, welcher Dritten durch den Erwerbsausfall des Getöteten entstanden ist. Dieser Schaden kann daher aus dem Vertrag nicht gefordert werden.

von Tuhr hat versucht, die Ansprüche mittelbar Beschädigter zu stützen durch die Leitsätze:

a) daß der Anspruch des Gläubigers aus Schädigung eines Dritten auf Zahlung an diesen gerichtet sei,[4]) und

b) daß der Dritte das Recht haben müsse, diesen Anspruch des Gläubigers auch ohne Cession auszuüben.[5])

Es stehen aber diesen Leitsätzen, wie überhaupt der Frage, ob der Geschädigte auch Interessen dritter Personen liquidieren kann, große Bedenken entgegen. Ihre Beweiskraft ist daher nicht allzu stark.[6]) In unserem besonderen Falle kommt noch hinzu, daß die Bestimmungen der §§ 844/45 ihren Platz im 25. Titel gefunden haben, daß daher nach der im Gesetz durchgeführten Trennung von Vertrags- und Deliktsvorschriften die §§ 844/45 sich lediglich auf un-

---

[1]) Komm. der R.-G.-Räte 2.Aufl. zu § 842 Anm. 1. — Planck 3. Aufl. zu § 842 Anm. 1. — H. A. Fischer: Der Schaden S. 52 Anm. 4; vgl. auch von Tuhr in DJZ. 1901 S. 426. — A. M. Oertmann 3./4. Aufl. Vorbem. zu § 842 ff. und § 842 Anm. 5. — Komm. von Staudinger 5./6. Aufl. zu § 842 Anm. 1.

[2]) RG. in JW. 1908 S. 9. — Gruchot 51 S. 384.

[3]) RG. in Gruchot 51 S. 385.

[4]) Grünhut's Zeitschr. 25 S. 567. — Kritische Vierteljahresschrift Bd. 47 S. 88 ff.

[5]) Grünhut's Zeitschr. 25 S. 583.

[6]) H. A. Fischer S. 76 ff., 94 ff. — Waldmüller S. 32.

erlaubte Handlungen beziehen können. Wenn ihre Anwendung auf alle Rechtsverhältnisse und nicht nur auf unerlaubte Handlungen beabsichtigt gewesen wäre, so müßten sie bei den §§ 249 ff. stehen, da dort Art und Umfang der allgemeinen Ersatzansprüche geregelt sind.

Auch § 618 Abs. 3 spricht gegen die Auffassung, daß die in §§ 844/45 normierten Ersatzansprüche auf alle Rechtsverhältnisse anzuwenden sind; denn wenn dies die Absicht des Gesetzes wäre, so wäre es überflüssig gewesen, für den Dienstvertrag durch § 618 Abs. 3 die Ansprüche der §§ 842 ff. ausdrücklich zu gewähren. Gegen von Tuhr spricht aber auch die Tatsache, daß § 823 nur dem unmittelbar Verletzten Ersatz des Schadens verschafft, nicht aber einem Dritten. Weil man sich dieser Beschränkung der Ersatzpflicht in § 823 bewußt war, wurde in § 844/45 die ausnahmsweise eintretende Ersatzberechtigung dritter Personen geregelt. Darin zeigt sich der konstitutive Charakter dieser Vorschriften. Ohne sie wäre ein unmittelbarer Ersatzanspruch des Unterhaltsberechtigten nach allgemeinen Grundsätzen nicht gegeben.[1]) Es ist daher auch anzunehmen, daß die §§ 844/45 sich lediglich auf die in ihnen geregelten Fälle der unerlaubten Handlungen beziehen und ein allgemeines Prinzip nicht enthalten.[2])

Vorstehende Erwägungen haben gezeigt, daß es auch wegen der Anwendbarkeit der §§ 844/45 von Bedeutung ist, ob ein Tatbestand lediglich einen Anspruch aus Vertrag oder daneben auch einen solchen aus unerlaubter Handlung erzeugt. Es ist weiter darauf hinzuweisen, daß nach § 847 BGB. für das Gebiet der unerlaubten Handlungen — nicht für Vertragsansprüche, bei denen § 253 Platz greift — unter Umständen auch Ersatz des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, verlangt werden kann.

Für die Durchführbarkeit des Deliktsanspruches ist von Bedeutung, daß bei vorsätzlicher Handlung die Aufrechnung gegen ihn unzulässig ist. Auch ist zu berücksichtigen, daß die Frage der Beweislast verschieden geregelt ist, je nachdem ob aus Vertrag geklagt wird oder aus unerlaubter Handlung. So hat z. B. nach dem Deliktsrecht der Kläger das Verschulden des aus der schuldhaften Handlung Verpflichteten zu beweisen, während nach dem Vertragsrecht der Schuldner eine weitgehende Exculpationspflicht hat. (§ 282 BGB.)

---

[1]) von Liszt S. 30. — H. A. Fischer a. a. O. S. 67.

[2]) Oertmann 3./4. Aufl. Vorbem. zu §§ 842 ff. und zu § 842 Anm. 5.

Für das Prozeßverfahren besteht insofern ein Unterschied zwischen Vertragsanspruch und Anspruch aus unerlaubter Handlung, als außer dem für beide Anspruchsarten geltenden allgemeinen Gerichtsstand des § 12 ZPO. für den Vertragsanspruch noch der Gerichsstand des § 29 (forum solutionis sive contractus), für den Anspruch aus unerlaubter Handlung der des § 32 (forum delicti commissi) in Frage kommt.

Endlich ist noch zu erwähnen, daß die Frage, ob es sich um einen Anspruch aus Vertrag oder unerlaubter Handlung handelt, für die Ausgleichungspflicht der Ehegatten untereinander erheblich ist. (§§ 1412, 1415, 1463, 1536 BGB.)

II.

Die drei Möglichkeiten.

§ 4.

Über das Verhältnis der Vertragsvorschriften und der Bestimmungen über unerlaubte Handlungen sind drei Anschauungen möglich:[1])

1. Der Schuldner, der seinen Vertragspflichten zuwiderhandelt, verletzt damit ohne Weiteres das Forderungsrecht des Gläubigers. Er macht sich infolgedessen — ein Verschulden vorausgesetzt — stets aus Vertrag und aus unerlaubter Handlung verantwortlich.

2. Vertragsrecht und Deliktsrecht verhalten sich zueinander wie die lex specialis zur lex generalis. Entweder trägt ein Tatbestand die Merkmale des Vertragsrechtes an sich, dann liegt eine Haftung nach den Grundsätzen des Vertrages vor, oder er hat diese Merkmale nicht, dann kann nur ein Fall der außerkontraktlichen Haftung gegeben sein.

3. Eine Handlung kann unter Umständen, abgesehen davon, daß sie vertragswidrig ist, auch gegen eine Bestimmung der unerlaubten Handlungen verstoßen.

Die drei Möglichkeiten werden im Folgenden zu erörtern sein.

1. Die Vertragsverletzung nicht unter allen Umständen eine unerlaubte Handlung.

§ 5.

Die Frage, ob die Verletzung des Vertragsrechts unter allen Umständen eine unerlaubte Handlung darstelle, ist in der Literatur

[1]) Titze a. a. O. S. 447 ff.

und Rechtssprechung dermaßen abschließend behandelt worden, daß hier nur auf die Ergebnisse aufmerksam gemacht zu werden braucht.[1])

Nach dem Stand der wissenschaftlichen Bearbeitung der Frage muß angenommen werden, daß weder unter Berufung auf § 823 Abs. 1 BGB. noch auf § 823 Abs. *2* der Satz: eine Vertragsverletzung stelle sich stets auch als unerlaubte Handlung dar, gerechtfertigt werden kann.[2]) Soweit § 823 Abs. 1 in Frage kommt, weist die Entstehungsgeschichte der Vorschrift bereits darauf hin, daß unter dem „sonstigen Recht" nur absolute Rechte und nicht auch Forderungsrechte verstanden werden können.[3]) Es lassen sich aber auch aus der Sprache des Gesetzes, das stets ausdrücklich bestimmt, wenn ein Rechtssatz auch auf das Forderungsrecht angewandt werden soll, (vgl. §§ 437, 365, BGB.) und aus der Tatsache, daß die Verletzungen der Forderungsrechte im Vertragsrecht erschöpfend geregelt sind, gewichtige Gründe dafür ableiten, daß die Verletzungen von Forderungsrechten nicht unter § 823 Abs. 1 fallen.[4])

Danach kann es sich nur noch darum handeln, ob etwa aus § 823 Abs. *2* gefolgert werden muß, daß die Verletzung des Vertragsrechtes unter allen Umständen sich als eine unerlaubte Handlung darstellt. Auch diese Frage ist m. E. zu verneinen. Die gesetzlichen Vorschriften des Vertragsrechts sind in der Hauptsache dispositiver Natur, d. h. in ihnen ist das gesetzlich festgelegt, was Inhalt der Vertragsverpflichtung sein soll, falls nicht besondere Vereinbarungen von den Vertragsgenossen getroffen worden sind. Daraus folgt, daß, wer dem Vertrag zuwiderhandelt, auch in dem Falle, daß besondere Vereinbarungen nicht getroffen sind, allein seine Vertragspflichten und nicht etwa die Bestimmungen des Vertragsrechtes als Schutzgesetze verletzt. Von dieser Regel sind die privatrechtlichen Vorschriften zwingenden Rechts auszunehmen, die unter Umständen — es handelt sich um eine verhältnismäßig geringe Zahl — Schutzgesetze sein können, und deren Verletzung daher auch zugleich einen Anspruch aus § 823 Abs. *2* BGB. erzeugen kann.[5])

---

[1]) Prym § 3 S. 21. — O. Chr. Fischer § 9 ff. S. 68 ff.

[2]) Fischer S. 91. — Komm. von Staudinger 5./6. Aufl. Vorbem. zu § 823 ff. III b. — Komm. der R.-G.-Räte *2*. Aufl. zu § 823 Anm. 9.

[3]) Motive II, 727; III, 392. — Prym S. 22. — Liszt § 2 II S. 10. A. M. Crome II § 325 II 4 S. 1020.

[4]) Komm. der R.-G.-Räte 1. Aufl. zu § 823 Anm. 9 RGE. 57, 353; 59, 236 u. a. Liszt: Deliktsobligationen S. 10. — O. Chr. Fischer: § 11 S. 88 ff. — Prym: § 3 S. 22.

[5]) Oertmann: 3./4. Aufl. zu § 823 Anm. 4 b d. d. S. 1064.

Aber auch wenn man den vorstehenden Ausführungen nicht folgen will, so wird man doch nicht in jeder Zuwiderhandlung gegen privatrechtliche Gesetzesbestimmungen die Verletzung eines Schutzgesetzes erblicken können, weil damit die Verletzungen von Forderungsrechten denen der absoluten Rechte für unser Bürgerliches Recht gleichgestellt wären, ein Ergebnis, über das man de lege ferenda streiten mag,[1]) das aber dem heutigen Bürgerlichen Recht und seiner Entstehungsgeschichte widersprechen dürfte. Es muß daher § 823 Abs. 2 BGB. einengend ausgelegt werden, wie auch allgemein anerkannt wird.

2. Durch das Zusammentreffen entsteht nur ein Anspruch.

a) Einschränkung des Anspruchs aus unerlaubter Handlung zu Gunsten des Vertragsanspruchs.

§ 6.

Hellwig hat mit besonderem Nachdruck die Meinung vertreten, daß Vertragsrecht und Deliktsrecht im Verhältnis von lex specialis und lex generalis zueinander stehen und daß, je nach den besonderen Merkmalen des Falles, Vertragsrecht sonst das Recht der unerlaubten Handlungen zur Anwendung zu gelangen habe.[2])

Im einzelnen lehrt Hellwig:[3]) Fällt ein Tatbestand unter verschiedene Gesetzesregeln, so liegt Gesetzeskonkurrenz vor. Diese begründet keine Verschiedenheit der Ansprüche. Vielmehr entsteht nach dem Grundsatz „lex specialis derogat generali" nur ein Anspruch, dessen Inhalt aber aus den mehreren in Betracht kommenden Vorschriften zu bestimmen ist. Handelt es sich um die Verletzung von Vertragspflichten unter Vertragsgenossen, so ist ausschließlich Vertragsrecht maßgebend.

Begeht die Vertragspartei eine unerlaubte Handlung, die mit der Vertragsverpflichtung in keinem Zusammenhang steht, so entscheidet das allgemeine Deliktsrecht. Eine Konkurrenz würde nach Hellwig zu unlösbaren Widersprüchen führen.

Auf die grundsätzlichen Bedenken, die m. E. der Lehre von der Entstehung nur eines Anspruches entgegenstehen, wird später eingegangen werden. Hier sei nur folgendes bemerkt:

---

[1]) O. Chr. Fischer: § 10 S. 83 ff. — Liszt: a. a. O. S. 10, 11. — Staub: Arch. für Bürgerl. Recht Bd. 5 S. 15.

[2]) vgl. auch Litten DJZ. 1905, S. 341.
Siber: Passivlegitimation 07 § 27 S. 227 ff.

[3]) Anspruch S. 93 ff. Lehrbuch I S. 266 ff.

Hellwig sucht aus dem Gesetz eine besondere Beziehung zwischen Vertragsrecht und unerlaubten Handlungen nachzuweisen und stützt sich zu diesem Zweck auf § 618 Abs. 3 BGB.[1]) Nach dieser Vorschrift finden auf die Verpflichtungen des Dienstberechtigten zum Schadenersatz die Vorschriften der §§ 842 bis 846 BGB. entsprechende Anwendung. Hellwig findet in der Bestimmung des § 618 Abs. 3 eine überflüssige Wiederholung, die er den Gesetzgebern nicht zutraut, wenn wirklich die Ansprüche aus Vertrag und unerlaubter Handlung uneingeschränkt nebeneinander hergehen können.

Zunächst ist demgegenüber darauf hinzuweisen, daß die Vorschrift des § 618 Abs. 3 sich lediglich auf den Umfang der aus der Verletzung von Leben oder Gesundheit entspringenden Ersatzansprüche bezieht, daß im übrigen aber, da es sich um Ansprüche vertraglichen Charakters handelt, z. B. wegen der Verjährung, der Beweislast, der Haftung für Gehilfen, die Rechtsgrundsätze der unerlaubten Handlungen ohne Weiteres nicht anwendbar sind.[2]) Da somit die Vorschrift des § 618 Abs. 3 dem Verletzten die Vorteile der §§ 842 ff. BGB. gewährt, selbst wenn der zu Grunde liegende Tatbestand eine unerlaubte Handlung nicht enthält, ohne diese Vorschrift sich der Umfang des Schandensersatzes aber lediglich nach den §§ 249 ff., also ohne die Vorteile der §§ 842 bis 846 BGB. regeln würde, wird man Hellwig nicht folgen können. Die Tatsache, daß im Falle des § 618 dem Verletzten auf jeden Fall weitgehende Ansprüche gesichert werden sollten, rechtfertigt nicht den Schluß, daß das Bürgerliche Gesetzbuch sich für das Verhältnis zwischen Vertragsrecht und unerlaubten Handlungen nach der von Hellwig vertretenen Richtung entschieden habe. Dabei muß berücksichtigt werden, wie zweifelhaft die Lehre vom Zusammentreffen von jeher war, und mit welcher Ängstlichkeit man sich bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches einer Stellungnahme enthielt.[3])

Auch aus § 687 Abs. 2 BGB., den Hellwig zur Unterstützung seiner Lehre heranzieht, kann der Satz, daß Vertrags- und Deliktsrecht sich verhalten wie lex specialis zu lex generalis, nicht gefolgert werden.[4]) Aus der Fassung des § 687 Abs. 2 ergibt sich, daß dem Geschäftsherrn außer den in den §§ 677, 678, 681, 682 BGB. erwähn-

---

[1]) Lehrbuch I S. 268.

[2]) F. Müller: Rechtscharakter des § 618 S. 103. — Prym § 7 S. 57. — Bürgner § 6 S. 24 Anm. 14. — Burchard § 3 S. 16.

[3]) Motive I 278.

[4]) Hellwig Lehrbuch S. 265 Anm. 65.

ten Ansprüchen auch noch andere, nämlich die aus unerlaubter Handlung zustehen sollen. Hellwig zieht daraus den Schluß, daß in den Fällen der sogenannten echten Geschäftsführung die Grundsätze der unerlaubten Handlungen nicht anwendbar seien, weil dort ein ausdrücklicher Hinweis auf diesen Haftungsgrund nicht erfolgt sei. Daraus folge ganz allgemein die Unmöglichkeit des Zusammentreffens von Ansprüchen aus Vertrag und unerlaubter Handlung. Auch dieses Argument Hellwigs ist widerlegt.[1]) Die besondere Entstehungsgeschichte des § 687 Abs. 2 BGB. läßt den Schluß nicht zu, daß in den Fällen der sogenannten echten Geschäftsführung dem Geschäftsherrn ein Anspruch aus unerlaubter Handlung nicht zustehen solle, weil es einer dem § 687 Abs. 2 entsprechenden Verschrift ermangele. Es entsprach dem Wesen der unechten Geschäftsführung, wenn man in dem ersten Entwurf dem Geschäftsherrn zunächst nur Ansprüche aus unerlaubter Handlung zubilligte. Die zweite Kommission gab ihm aber, um ihn unter allen Umständen zu sichern, auch die Ansprüche aus §§ 677, 678, 681, 682 BGB.[2]) Weil die Verwandtschaft mit den unerlaubten Handlungen im Falle der echten Geschäftsführung nicht vorhanden ist, hat man auch von einer dem § 687 Abs. 2 BGB. entsprechenden Vorschrift für diesen Fall abgesehen. Es ist daher auch falsch, aus dieser Sondervorschrift, wie Hellwig es tut, die allgemeine Folgerung zu ziehen, daß neben Vertragsrecht nicht auch die Bestimmungen der unerlaubten Handlungen Anwendung finden könnten.

Es ist Hellwig demnach mit den von ihm herangezogenen Gesetzesvorschriften der Nachweis einer besonderen Beziehung zwischen dem Vertragsrecht und dem Recht der unerlaubten Handlung nicht gelungen. Eine besondere Schwäche der Anschauung Hellwigs finde ich in folgendem:[3])

Nach Hellwig enthalten die Regeln des Deliktsrechts die allgemeine Norm, die lex generalis, während die Ansprüche aus dem Vertragsrecht, falls sie mit dem Recht der unerlaubten Handlungen zusammentreffen, demgegenüber leges speciales sind.[4]) Folgt man dieser Anschauung, so ergibt sich daraus mit zwingender Notwendigkeit die vollständige Scheidung von Vertrags- und Deliktsrecht. Ein Zusammentreffen von Ansprüchen ist in diesem Fall nicht vorhanden. Der Vertragsanspruch läßt einen Anspruch aus

---

[1]) Prym § 7 S. 58. — Bindseil § 5 S. 60.
[2]) Prot. II, 741. Motive II, 870.
[3]) auch bei Fischer S. 89 ff. und 111 ff.
[4]) Lehrbuch § 37 S. 267.

unerlaubter Handlung nicht neben sich aufkommen. Es ist daher nur zu untersuchen, unter welche Kategorie der Ansprüche nach der besonderen Eigenart des Tatbestandes die Schadensersatzpflicht des Schuldners zu subsumieren ist.[1]) Entschließt man sich zu Gunsten des einen Anspruches, so muß man notwendig den anderen verwerfen. Hellwig kommt aber nicht zu diesem für ihn m. E. allein möglichen Ergebnis, sondern er läßt bei dem Zusammentreffen von Ansprüchen aus Vertrag und unerlaubter Handlung einen Anspruch entstehen, dessen Wesen er „aus den mehreren in Betracht kommenden Vorschriften" bestimmt.[2])

Diesen Widerspruch hat Hellwig in einer späteren Abhandlung[3]) im Interesse der praktischen Ergebnisse seiner Lehre noch dadurch vergrößert, „daß er für den Inhalt des Vertragsanspruchs das Recht über die unerlaubten Handlungen (BGB. §§ 842 ff.)" anwenden will, „sofern das schädigende Ereignis die Deliktshaftung begründen würde, wenn ein Vertragsverhältnis nicht bestände." Die Erweiterung der Anwendbarkeit des Rechts der unerlaubten Handlung findet ihre grundsätzliche Rechtfertigung in Hellwigs Begriff des zusammengesetzten Anspruchs, in den Bestandteile aus Vertragsrecht und unerlaubter Handlung nach Bedürfnis hineinbezogen werden. Dieser Grundsatz Hellwigs, wonach unter Umständen für den Inhalt des Vertragsanspruchs das Recht der unerlaubten Handlungen maßgebend ist, erscheint durchaus willkürlich.[4]) Er muß aber auch beanstandet werden, weil er der von ihm vertretenen Meinung, das Vertragsrecht sei lex specialis gegenüber dem Recht der unerlaubten Handlung, widerspricht. Dadurch, daß Hellwig das Vertragsrecht als die speziellere Norm bezeichnet, eine besondere Bestimmung der generellen Norm, nämlich der unerlaubten Handlungen, aber wieder Spezialbestimmung gegenüber dem Vertragsrecht sein läßt, verliert seine Lehre jeden grundsätzlichen Halt.[5]) Der Erfolg ist letzten Endes maßgebend dafür, ob Vertragsrecht oder Deliktsrecht angewandt werden soll.

§ 7.

Wie wir im vorigen Paragraphen gesehen haben, hat Hellwig versucht, die Scheidung zwischen Vertragsrecht und unerlaubten

[1]) Titze a. a. O. S. 447. — Prym § 6 Anm. 1 S. 55. — F. Müller: Rechtscharakter des § 618 S. 109.
[2]) Lehrbuch § 37 S. 266 Anm. 3 DJZ. 1906 S. 1289/90.
[3]) Gesetzeskonkurrenz und Tierhaftung in DJZ. 1906 S. 1289 ff.
[4]) Bürgner § 6 S. 27.
[5]) Krückmann a. a. O. S. 433 f.

Handlungen dadurch zu erreichen, daß er dem Vertragsrecht kraft seiner besonderen Art allgemein die Fähigkeit zuerkennt, das Recht der unerlaubten Handlungen auszuschalten. In ähnlicher Richtung bewegen sich auch die Ausführungen von Cosack, Endemann, Oertmann und Lent.

I. Cosack geht wie Hellwig davon aus, daß die schuldrechtlichen Verpflichtungen des Schuldners, dessen Haftung in eigentümlicher Weise charakterisieren und begrenzen. Daher kann auch nach seiner Meinung der Anspruch aus Vertrag niemals mit dem Anspruch aus § 823 Abs. 1 zusammentreffen. Die Handlung des Schuldners ist in diesem Fall nicht „widerrechtlich".[1])

Auf den Irrtum Cosacks, daß eine Handlung deshalb nicht widerrechtlich sei, weil zwischen den beteiligten Personen ein Schuldverhältnis bestehe, wird später eingegangen werden. Hier soll nur darauf hingewiesen werden, daß die Begründung Cosacks, man trete dem Schuldner zu nahe, wenn man eine unerlaubte Handlung annehme, zu gefühlsmäßig ist, als daß man damit den Gegner überzeugen könnte. Willkürlich wird Cosack aber, wenn er den Anspruch aus Vertrag zwar nicht mit dem Anspruch aus einer unerlaubten Handlung nach § 823 Abs. 1, wohl aber mit dem nach §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. zusammentreffen läßt; denn es ist Crome zuzustimmen, wenn er ausführt, daß damit dem Zufall anheim gegeben wäre, ob ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung gegeben ist oder nicht.[2]) Die öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkte, welche z. B. zwar die fahrlässige Körperverletzung, nicht aber die fahrlässige Sachbeschädigung unter öffentliche Strafe gestellt haben, dürfen nicht maßgebend dafür sein, ob dem Verletzten ein bürgerlich-rechtlicher Ersatzanspruch aus Vertrag oder auch ein solcher aus unerlaubter Handlung zustehen soll oder nicht, zumal in § 823 Abs. 1 der Körperverletzung und der Sachbeschädigung eine gleiche Behandlung zuteil geworden ist.

II. Auch nach Endemann[3]) hat das Recht der unerlaubten Handlungen nur subsidiäre Bedeutung, so daß die Bestimmungen über den Vertrag anzuwenden sind, wenn der Sachverhalt Pflichten auferlegt, die ihre Begründung in einem Rechtsgeschäft finden, ganz ohne Rücksicht darauf, daß außer der Vertragsverletzung auch eine

[1]) Cosack: Lehrbuch 98 § 163 2c S. 586.
[2]) Crome in DJZ. 1904 S. 14 ff.
[3]) Lehrbuch 9. Aufl. § 200 S. 1257 und § 64 Anm. 22.

unerlaubte Handlung in Frage kommen könnte. Endemann drückt dies folgendermaßen aus: „Erweist sich als Ursache der Schädigung eine als Verletzung der Vertragspflichten zu beurteilende Handlung, so ist damit ausgeschlossen, daß ein widerrechtlicher Eingriff und eine unerlaubte Handlung vorliegt.[1]) Wenn Endemann von dieser Regel den Fall ausnimmt, daß ein Vertragsgenosse eine Handlung „bei Ausführung" einer Vertragshandlung oder „unter Ausnützung der ihm durch das Vertragsverhältnis gebotenen Gelegenheit" begeht, so ist dem entgegen zu halten, daß es sich in diesem Fall überhaupt nicht um ein Zusammentreffen von Ansprüchen handelt, weil ein Gegeneinander der beiden Ansprüche nicht vorhanden ist. Es bildet dieser Fall daher auch keineswegs eine Ausnahme von dem von Endemann aufgestellten Prinzip.

Endemann kennt übrigens in sehr beschränktem Umfang auch noch Handlungen, die sowohl Vertragsverletzungen als unerlaubte Handlungen sind. In diesen Fällen, die aber grundsätzlich eine große Bedeutung nicht haben, läßt er ein unbeschränktes Zusammentreffen beider Ansprüche zu.

III. Ähnliche Gedankengänge wie bei Endemann finden sich insofern auch bei Oertmann,[2]) als auch er nur in einer Reihe von Fällen bei dem Zusammentreffen von Ansprüchen aus Vertrag und unerlaubter Handlung „die besondere Rechtsbeziehung" des Vertragsrechts „die allgemeine Betrachtung" des Rechts der unerlaubten Handlungen überwinden läßt.[3]) In diesen Fällen ist das Verhältnis lediglich nach Vertragsrecht zu beurteilen. Im übrigen bleibt auch nach Oertmann[4]) ein „zugegeben enges mittleres Gebiet übrig", wo die Handlung in Ausübung der durch das Vertragsrecht begründeten besonderen Rechte oder Pflichten vorgenommen wird, daneben aber auch den Tatbestand einer selbstständigen unerlaubten Handlung erfüllt, so daß hier tatsächlich ein Zusammentreffen der mehreren Ansprüche stattfindet.

Da Oertmanns Abgrenzung zwischen Vertragsrecht und dem Recht der unerlaubten Handlung durch eine ins einzelne gehende Differenzierung m. E. unübersichtlich wirkt, zudem auch von den Anschauungen verwandter Schriftsteller abweicht, läßt sich ein klares Bild über seine Stellungnahme zur Frage des Zusammen-

---

[1]) Endemann a. a. O. S. 1257.
[2]) Komm. 3./4. Aufl. Vorbem. zu § 823 ff. Anm. 5.
[3]) a. a. O. Anm. d b b S. 1051.
[4]) a. a. O. Anm. gg S. 1052.

treffens nur schwer gewinnen. Soviel läßt sich jedoch ersehen, daß Oertmann grundsätzlich Endemann und den übrigen Anhängern der sog. Gesetzeskonkurrenz näher steht, als er selbst annimmt.

IV. Mit Oertmann hat Lent[1]) eine große sachliche Ähnlichkeit. Lent sucht, wie auch Oertmann, zunächst das Anwendungsgebiet des Zusammentreffens von Ansprüchen dadurch einzuengen, daß er eine große Anzahl von Tatbeständen von vornherein einer bestimmten Normengruppe zuweist.[2]) In den Fällen, die nach dieser Sonderung der Tatbestände übrig bleiben, läßt auch er ein Zusammentreffen von Ansprüchen gelten, mißt ihm aber eine große Bedeutung nicht bei.[3])

Eine Beschränkung des Zusammentreffens sucht Lent in erster Linie dadurch zu erreichen, daß er allgemein das Recht der unerlaubten Handlungen ausscheidet, wenn „der Vertragsverletzung das Übergewicht zukommt",[4]) oder wenn die Schadensersatzpflicht ohne Feststellung des Vertragsinhaltes nicht beurteilt werden kann.[5]) Lent wehrt sich dagegen, daß es sich in diesen Fällen um sog. Gesetzeskonkurrenz handle.[6]) Das Vertragsrecht sei nicht die lex specialis gegenüber dem Recht der unerlaubten Handlungen. Das Recht der unerlaubten Handlungen scheide vielmehr von vornherein aus der Betrachtung aus. Es komme gar nicht zu einer Konkurrenz.

Lent bleibt aber m. E. die Begründung schuldig, warum das Recht der unerlaubten Handlungen in den von ihm angeführten Fällen nicht zur Anwendung kommt. Zunächst bleibt unklar, wie Lent im Einzelfall zu der Feststellung gelangen will, daß das Vertragsrecht „überwiegt". Aber nehmen wir einmal an, eine derartige Feststellung sei einwandfrei möglich, so bleibt doch noch die Frage offen, warum nicht neben dem Vertragsrecht auch noch das Recht der unerlaubten Handlungen angewandt werden kann, wenn seine Voraussetzungen gegeben sind.

Für Lent sind dafür, ob Vertrags- oder Deliktsrecht anzuwenden ist, nur allgemeine Gründe maßgebend. Er bezeichnet die Anwendung eines bestimmten Rechts als „unangebracht", „angemessen", „richtig" etc., ohne sich darüber zu erklären, warum im Einzelfall die Anwendung einer bestimmten Gruppe von Vorschriften

---

[1]) Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerl. Recht und Zivilprozeß 1912. S. 275 ff.

[2]) S. 287.

[3]) S. 287. [4]) S. 280. [5]) S. 283. [6]) S. 284.

angemessen, angebracht oder richtig ist. Letzten Endes scheint auch er von der Vorstellung, daß das Vertragsrecht gegenüber den Deliktsvorschriften Spezialrecht ist, entscheidend beeinflußt zu sein. Dem Ergebnis nach muß Lent unter allen Umständen den Anhängern dieser Meinung zugerechnet werden.

b) Einschränkungen des Vertragsanspruchs zu Gunsten des Anspruchs aus unerlaubter Handlung.

§ 8.

Den Standpunkt, daß die Bestimmungen des Vertragsrechtes leges speciales sind, denen die Vorschriften über unerlaubte Handlungen als leges generales gegenüberstehen, vertreten auch O. Chr. Fischer und Titze.

Sie unterscheiden sich jedoch beide insofern von den vorgenannten Schriftstellern, als sie nicht allen Bestimmungen des Vertragsrechts eine das Anwendungsgebiet der unerlaubten Handlungen ausschließende Bedeutung beilegen, sondern die Ausschließung noch von dem Vorhandensein besonderer Voraussetzungen abhängig machen. Beide räumen daher den Vorschriften der unerlaubten Handlungen ein größeres Anwendungsgebiet ein, als es die übrigen Anhänger der sog. Gesetzeskonkurrenz tun.

. Titze lehrt:[1]) Die Vorschriften über die Haftung aus Vertrag schließen die Anwendbarkeit der außervertraglichen Haftungsgrundsätze aus entsprechend der Regel: lex specialis derogat generali. Dies ist aber nicht so zu verstehen, als sei die außervertragliche Haftung schon durch das Bestehen eines obligatorischen Verhältnisses zwischen dem Geschädigten und Schädiger ausgeschlossen. Es bedarf vielmehr noch einer genauen vorherigen Untersuchung über den Umfang des Geltungsbereiches der lex specialis, die vor allem den vom Gesetz verfolgten Zweck ins Auge zu fassen hat. „Es wird in der Hauptsache darauf ankommen, ob der angerichtete Schaden mit dem Inhalt und dem Zweck der Obligation in einem allgemeinen, normalen, ich möchte fast sagen, adaequaten Causalzusammenhang steht oder nicht. Überall wo der Schaden mit dem Inhalt und dem Zweck der Obligation in einem gewissen regelmäßigen Causalzusammenhang steht, tritt kontraktliche, andernfalls tritt außerkontraktliche Haftung ein.“ [2])

[1]) Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht Bd. 57 S. 447 ff. insbesond. S. 449.
[2]) Titze: a. a. O. S. 450.

Titze ist sich bewußt, daß diese Formel keine fertige ist. Er meint aber, man komme mit ihr zu sachgemäßen Ergebnissen.[1]) Es wird sich fragen, ob dem so ist. Nach Titze haben wir es lediglich mit kontraktlicher Haftung zu tun, wenn der Verwahrer die zur Aufbewahrung übernommene Sache fahrlässig beschädigt. Das Gleiche gilt auch, wenn der Verwahrer seine obligatorischen Pflichten vorsätzlich verletzt, indem er absichtlich die hinterlegte Sache zerstört oder beschädigt, oder wenn der Mieter oder Entleiher in dieser Weise mit den anvertrauten Sachen verfährt; z. B. der Mieter einer herrschaftlichen Wohnung benutzt die Seidentapete als Ziel beim Pistolenschießen, der Entleiher von Papyrusurkunden zündet mit ihnen Feuer an, der Entleiher kostbarer Gläser treibt mit ihnen Jongleurkunststücke.[2]) In allen diesen Fällen läßt Titze das Vertragsrecht zur Anwendung kommen, weil hier der angebliche Schaden mit dem Inhalt und dem Zweck der Obligation in einem regelmäßigen „normalen" Causalzusammenhang stehe. Wenn aber jemand wissentlich oder fahrlässig verdorbene Lebensmittel verkauft, an denen der Käufer stirbt, oder wenn jemand Sachen verleiht, die mit ansteckenden Stoffen behaftet sind und dem Entleiher Krankheit ins Haus bringen, dann sollen lediglich die Bestimmungen über unerlaubte Handlungen maßgebend sein. Die Gegenüberstellung dieser Fälle zeigt, wie wenig das von Titze gegebene Unterscheidungsmerkmal geeignet ist, befriedigende Ergebnisse zu gewährleisten.

Der Mann, der vorsätzlich die Tapete als Zielscheibe benutzt, soll nicht aus unerlaubter Handlung haften, weil hier der regelmäßige Causalzusammenhang mit der Obligation vorhanden sei. Der Verkäufer von schlechten Lebensmitteln soll nicht aus Vertrag haften, weil der normale Zusammenhang fehle. Die notwendige Folge dieser beiden Entscheidungen wäre, daß gegen den Arzt, der durch schwere Kunstfehler in der Behandlung eines Kranken dessen dauerndes Siechtum herbeiführt, lediglich Vertragsansprüche und somit nicht die Rechte aus den §§ 842 ff. geltend gemacht werden könnten, daß aber die Vorschriften der §§ 823 ff. angewandt werden könnten, wenn derselbe Arzt durch eine, wie er weiß, zwecklose, die Gesundheit weder günstig noch ungünstig beeinflussende Behandlung lediglich das Vermögen des Kranken beschädigt.[3]) Es ist ohne weiteres einleuchtend, daß dieses Ergebnis höchst unbefriedi-

[1]) a. a. O. S. 450.
[2]) a. a. O. S. 450.
[3]) So Bürgner § 10 S. 39.

gend wäre. Der in dem ersten Fall gewährte Ausgleich steht in keinem Verhältnis zu dem Schaden und zu der den Schaden verursachenden Handlung, zumal wenn man berücksichtigt, wie weit in dem zweiten, wesentlich harmloser liegenden Fall auf den Verletzten Rücksicht genommen ist.

Aber ganz abgesehen von dieser mehr soziologischen Erwägung muß Titzes Entscheidung abgelehnt werden, weil der Obersatz, von dem Titze ausgeht, notwendig zu einer Differenzierung der Schadensersatzpflicht nach der Wahrscheinlichkeit des eintretenden Erfolges führt. Diese Folge findet aber im Gesetz keine Stütze. Unser bürgerliches Recht kennt Schadensersatzansprüche verschiedenster Natur: aus verschuldeter Nichterfüllung oder mangelhafter Erfüllung, schuldhafter unerlaubter Handlung und schuldlosen Handlungen, die gleichwohl Schadensersatzpflichten nach sich ziehen. Auch gelten für die Berechnung des Umfanges dieser Ansprüche verschiedene Grundsätze. Nirgends trägt aber das Gesetz bei der Zumessung des für entstandenen Schaden zu gewährenden Ausgleichs der Wahrscheinlichkeit des Erfolges Rechnung.[1]) An dieser Tatsache scheitert demnach die Lehre von Titze ganz abgesehen von der Unbestimmtheit des von ihm für die Abgrenzung zwischen Vertrags- und Deliktsrecht gegebenen Maßstabs.

II. Nicht so konsequent in seinen Ausführungen wie Titze ist O. Chr. Fischer.[2])

Er geht wie Hellwig davon aus: „Dem (ergänze: Römischen Recht) gegenüber ist für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches der Grundsatz aufzustellen: ein und derselbe Tatbestand erzeugt nur einen Anspruch".[3]) Fischer ist aber kein unbedingter Anhänger des Satzes: Vertragsrecht schließt als lex specialis das Recht der unerlaubten Handlungen aus. Er versucht vielmehr die Grenzen zwischen Vertrags- und Deliktsrecht unter Einschränkung des Vertragsrechtes auf ein verhältnismäßig enges Gebiet, aus dem mit dem Vertrag verfolgten, meist wirtschaftlichen Zweck zu ziehen.[4]) Im Einzelnen führt er aus: Eine Handlung, die innerhalb eines Schuldverhältnisses geboten oder gerechtfertigt ist, ist nicht

[1]) Bürgner § 10 S. 39.

[2]) Verletzung des Gläubigerrechts 1905 §§ 12, 13 S. 92 ff. — Dazu vgl. Titze a. a. O. S. 477 ff. — J. W. Hedemann Arch. für Bürgerl. Recht 27 S. 358.

[3]) a. a. O. S. 106.

[4]) S. 99.

„unerlaubt und widerrechtlich“ wenn sie in der Ausübung des Vertrags oder in dem Gebrauch der durch den Vertrag dem Schuldner unterworfenen körperlichen Gegenstände besteht.[1]) Sie kann daher in diesen Fällen niemals unter die Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen fallen. Dagegen wird die ausschließliche Anwendbarkeit des Vertragsrechtes durchbrochen und es gelten die Vorschriften über unerlaubte Handlungen, wenn die Vornahme der betreffenden Schaden bringenden Handlung durch den Inhalt oder den Zweck des Vertrages nicht gerechtfertigt wird.[2])

Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß der Umstand, ob eine Handlung durch den Vertrag gerechtfertigt ist oder nicht, als Unterscheidungsmerkmal dafür, ob Vertrags- oder Deliktsgrundsätze anzuwenden sind, nicht in Betracht kommen kann; denn wenn eine Handlung gerechtfertigt ist, kann sie weder eine vertragliche noch eine außervertragliche Haftung begründen.

Ferner ist Fischers Grundsatz abzulehnen, daß die Vorschriften über unerlaubte Handlungen stets dann Anwendung zu finden haben, wenn ganz abgesehen von einer zivilrechtlichen Haftung die schädigende Handlung die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Täters nach sich zieht.[3]) Die öffentlich-rechtliche Frage, ob die Allgemeinheit ein Interesse an der strafrechtlichen Verfolgung des Täters hat, kann nicht mit der rein bürgerlich-rechtlichen, ob Schadensersatz aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung begehrt werden kann, verquickt werden.[4]) Die Abgeschlossenheit und Selbständigkeit unseres bürgerlichen Rechts verträgt nicht, daß eine Entscheidung über rein bürgerlich-rechtliche Verhältnisse von Gesichtspunkten abhängig gemacht wird, die gänzlich außerhalb dieser Materie liegen. Demgegenüber kann auch nicht auf § 823 Abs. 2 BGB., durch den allerdings dem öffentlichen Recht ein gewisser Einfluß auf das Privatrecht eingeräumt wird, hingewiesen werden, weil unter den Begriff des Schutzgesetzes und somit unter § 823 Abs. 2 nicht die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen, z. B. das Strafrecht, in ihrer Gesamtheit fallen, sondern es auch für diese Bestimmungen stets einer Prüfung bedarf, ob sie Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 sind. Grundsätzlich ist daher auch die Frage des § 823 Abs. 2 eine rein bürgerlich-rechtliche.[5])

[1]) S. 97.
[2]) Fischer S. 98, 101.
[3]) Fischer S. 94, 100.
[4]) Crome DJZ. 1904 S. 14 ff. — Titze S. 452.
[5]) A. M. Prym § 12 S. 92 Anm. 1.

Fischer wendet die Vorschriften über unerlaubte Handlungen auch allein an, wenn das Rechtsverhältnis nur die Gelegenheit zur Vornahme der schädigenden Handlung bietet, ohne daß die Handlung durch das Rechtsverhältnis begründet wird. Diese Entscheidung ist sachlich unanfechtbar; denn in diesem Fall liegt ein Zusammentreffen von Ansprüchen nicht vor. Da lediglich ein Anspruch aus unerlaubter Handlung entstanden ist, kann ein Gegeneinander mehrerer Ansprüche nicht vorhanden sein. Es besteht daher auch keine Veranlassung, Vertragsrecht anzuwenden. Wenn Fischer aber unter diese Klasse von Ansprüchen auch das Vermieten eines leicht scheuenden oder gar kollerigen Pferdes, das Verleihen von Sachen, die ansteckende Stoffe enthalten, den wissentlichen oder fahrlässigen Verkauf verdorbener Lebensmittel[1]) oder auch die Jongleurkunststücke des Entleihers kostbarer Gläser[2]) rechnet, so ist nicht einzusehen, warum in diesen Fällen die schädigende Handlung lediglich bei Gelegenheit des Rechtsverhältnisses verübt sein und nicht zugleich als Vertragsverletzung sich darstellen soll.

Es ist bezeichnend für die geringe Unterscheidungsfähigkeit der Leitsätze von Fischer und Titze, daß Titze, der im übrigen mit Fischer viel Gemeinsames hat, in diesen Fällen, z. B. für die Jongleurkunststücke des Entleihers mit kostbaren Gläsern, im Gegensatz zu Fischer ausschließlich Vertragsrecht anwendet, weil hier der Schaden mit dem Inhalt und Zweck der Obligationen in einem regelmäßigen Zusammenhang stehe.[3])

Die Zwiespältigkeit Fischers mag zum Teil ihren Grund in der nicht immer durchsichtigen Ausdrucksweise finden. Sie erklärt sich hauptsächlich aber daraus, daß Fischer zwar grundsätzlich der Meinung ist, daß das Vertragsrecht als das Spezialrecht das Recht der unerlaubten Handlung ausschließt, daß er andererseits aber auch erkannt hat, daß damit dem Recht der unerlaubten Handlungen nicht die Stellung eingeräumt ist, die ihm nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und der Bedeutung der in ihm niedergelegten Rechtssätze zukommt. Infolgedessen sucht er unter grundsätzlichem Festhalten an dem Satz: lex specialis derogat generali dem Recht der unerlaubten Handlungen auf jede andere Weise Geltung zu verschaffen. Die Folge ist, daß die Ergebnisse, die er auf Grund seines Leitsatzes gewinnt, verwirrt werden durch

[1]) Fischer S. 94.
[2]) Fischer S. 99.
[3]) Titze S. 450.

die nicht einwandfreien Behelfe, mit denen er das Recht der unerlaubten Handlungen zur Anwendung bringen will.

Im übrigen neigt Fischer, ohne daß dies unzweideutig zum Ausdruck gekommen ist, dazu, das Unterscheidungsmerkmal für die Anwendung von Vertrags- oder Deliktsrecht ähnlich wie Blume[1]) in dem Grad des Verschuldens zu erblicken.[2]) Handelt der Schuldner fahrlässig, z. B. der Mieter, indem er sich ungeschickt beim Bilderaufhängen anstellt und die Wand beschädigt, so verletzt er nach Fischer höchstens seine Vertragspflicht, nicht aber die ihm durch das Recht der unerlaubten Handlungen auferlegten Pflichten.[3]) Andererseits soll aber der Dienstherr, der zwar sein Gesinde züchtigen darf, es aber halbtot schlägt, der Mieter, der wie ein Vandale in der Wohnung haust, der Entleiher eines Buches, der einzelne Seiten zum Einwickeln benutzt — also alles Fälle, in denen der Schuldner seine Vertragspflichten vorsätzlich verletzt — allein nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlungen haften.[4]) Das Bürgerliche Gesetzbuch bietet aber für eine derartige Abgrenzung von Vertrags- und Deliktsrecht keinen Anhalt.[5]) Im Gegenteil: § 823 BGB. behandelt die Fälle des fahrlässigen und vorsätzlichen Eingriffs in fremde Rechtsgüter durchaus gleich. Es ist daher auch nicht ersichtlich, warum gerade im Falle der fahrlässigen Verletzung eines fremden Rechtsgutes durch den Schuldner wegen der zweifellos gegebenen Vertragshaftung die Ansprüche aus unerlaubter Handlung ausgeschlossen sein sollen und warum umgekehrt gerade im Falle vorsätzlicher Schadenszufügung neben der unerlaubten Handlung nicht zugleich auch aus Vertrag geklagt werden kann.

3. Beide Ansprüche treffen grundsätzlich unbeschränkt zusammen.

§ 9.

Den Versuchen, zwischen dem Vertragsrecht und dem Recht der unerlaubten Handlungen eine Beziehung festzustellen, von der aus man zu einer Abgrenzung des Geltungsbereiches der beiden Rechtsgebiete gelangen könnte, steht eine Gruppe von Schriftstellern gegenüber, die das Vorhandensein einer derartigen Be-

[1]) Im Recht 1905, S. 481 ff.
[2]) Fischer S. 98, 101 f.
[3]) Fischer S. 98.
[4]) Fischer S. 101.
[5]) Titze S. 452. — Bürgner § 9 S. 37.

ziehung leugnet und daher für ein grundsätzlich unbeschränktes Zusammentreffen beider Ansprüche eintritt.[1])

Der Gläubiger hat nach dieser Lehre die Wahl, welchen der beiden Ansprüche er geltend machen will. Erst die volle Befriedigung aus dem einen Anspruch schließt die Geltendmachung des andern aus. Der Gläubiger kann daher aus dem Vertrag klagen oder auch aus unerlaubter Handlung, wenn die gesetzliche Verpflichtung des Täters zum Schadensersatz schon ohnehin in einer unerlaubten Handlung ihre Begründung findet. Dies wird aus der Tatsache gefolgert, daß im Bürgerlichen Recht — ähnlich wie im Strafrecht — der zu Grunde liegende Tatbestand „von allen darauf passenden Gesetzesvorschriften erfaßt wird. Wie sie ihm alle ihren Stempel aufdrücken, so kann daraus auch die höchstmöglichste Rechtskonsequenz gezogen werden."[2]) Diese Anschauung wird auch überwiegend in der Rechtssprechung vertreten. Allerdings finden sich auch Entscheidungen höherer Gerichte, die sich unzweideutig auf den entgegengesetzten Standpunkt stellen, und die Lehre von der Gesetzeskonkurrenz vertreten, wonach das Vertragsrecht als Spezialbestimmung das Recht der unerlaubten Handlung als das allgemeinere ausschließt.[3]) Das Reichsgericht und mit ihm die Rechtssprechung der unteren Instanzen hat aber von jeher unverkennbar den Grundsatz des unbeschränkten Zusammentreffens seinen Entscheidungen zu Grunde gelegt.[4]) Es ist daher auch nicht richtig, wenn einzelne Schriftsteller das Reichsgericht auch nur in einigen Entscheidungen für die Lehre der Gesetzeskonkurrenz in Anspruch nehmen wollen.[5]) Man vergleiche zu diesen Versuchen

---

[1]) Enneccerus 4./5. Aufl. § 225 II 1, Bd. I. 2 S. 4; § 449 II. Bd. I, 2 S. 588 f.
Crome Lehrb. 1902 § 324, 5 Anm. 32 S. 1015 und DJZ. 1904, S. 14 ff.
Dernburg BGB. 1./2. Aufl. II § 64 II 1,2.
Jsay Geschäftsführung. S. 400/1.
Kipp bei Windscheid 8. Aufl. S. 888 Anm. e.
Langheineken Anspruch S. 139.
Liszt Desiktsobligationen S. 13.
Prym § 7 S. 62.
Komm. der R.-G.-Räte 2. Aufl. Vorbem. zu § 823 ff. Anm. 4.

[2]) Crome DJZ. 1904 S. 17.

[3]) Urteile des OLG. Bamberg I. Zivilsenat vom 20. April 1907 in Rechtsprechung der OLG. 17, 409, und vom 21. Okt. 1905 in Seuff. Arch. Bd. 61 Nr. 80 S. 139 f.
ferner das KG. in Rechtsprechung der OLG. Bd. 13 S. 253 Nr. 16.

[4]) Komm. der R.-G.-Räte 2. Aufl. Vorbem. zu § 823 ff. Anm. 4.

[5]) vgl. Bürgner S. 63 ff.

die Entscheidung des Reichsgerichts in der Juristischen Wochenschrift 08, 432:[1])

„Es ist für die Frage, ob neben kontraktlichen Ansprüchen deliktische mit in Betracht kommen, die Beurteilung des konkreten Falles entscheidend; nach der Sachlage des Einzelfalles ist zu ermessen, ob die Vertragsverletzung zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt und deshalb den Geschädigten aus beiden rechtlichen Gesichtspunkten Ansprüche zustehen. Grundsätzlich ist eine Konkurrenz beider Ansprüche nicht auszuschließen."

Mit diesen Ausführungen ist der Standpunkt der Gesetzeskonkurrenz, nach dem lediglich ein Anspruch wirksam werden könnte, schlechterdings unvereinbar.

Daß das Reichsgericht nicht nur einen Anspruch zur Entstehung gelangen läßt, zeigt auch das Urteil vom 11. Juli 1910.[2]) Es handelt sich in dieser Entscheidung um den Schaden, der dem Kläger dadurch entstanden ist, daß er bei einer Theatervorstellung im Parterre durch ein von der nicht genügend gesicherten Brüstung herabfallendes Bierglas verletzt worden ist. Das Reichsgericht kommt zu dem Ergebnis, daß in diesem Falle der Anspruch des Klägers aus der von den Unternehmern begangenen unerlaubten Handlung zusammentrifft mit dem Anspruch aus Vertrag und kennzeichnet seinen Standpunkt durch die Worte: „Beide Ansprüche folgen unabhängig von einander ihren besonderen Bestimmungen."

Wenn andererseits in einzelnen Fällen[3]) das Reichsgericht das Zusammentreffen von Ansprüchen aus Vertrag, zum Teil unter ausdrücklichem Festhalten an dem Prinzip, abgelehnt hat, so ist dies stets deshalb geschehen, weil nach der Ansicht des Reichsgerichtes die Voraussetzungen für den einen oder den anderen Anspruch — z. B. für die unerlaubte Handlung das Merkmal der allgemeinen Rechtswidrigkeit — nicht gegeben war.[4]) Von seiner grundsätzlichen Stellungnahme ist aber das Reichsgericht auch in diesen Fällen nicht abgegangen.

---

[1]) Ferner: JW. 04, 1419; 07, 830; 08, 236; 10, 148; 10, 237; 11, 449; RGE. 56, 321.

[2]) Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1911 Nr. 1 S. 41.

[3]) RGE. 67, S. 182. — JW. 1904, 166.

[4]) JW. 1904, 166, 252, 447.
JW. 1908, 71, vgl. auch Komm. der R.-G.-Räte 2. Aufl. S. 770 Anm. 4.

III.

Die grundsätzliche Stellungnahme des Verfassers.

§ 10.

Die Beantwortung der Frage, ob die Vertragsbestimmungen besonderes Recht enthalten gegenüber dem Recht der unerlaubten Handlungen oder ob beide Arten von Vorschriften im Verhältnis völliger Gleichberechtigung zueinander stehen, ist abhängig von der Bedeutung, die man den Vorschriften der unerlaubten Handlungen im bürgerlichen Recht beilegt.

Wie bereits in dem geschichtlichen Überblick zu Beginn unserer Arbeit erwähnt worden ist,[1]) haben die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches sich einer Stellungnahme zu dieser Frage in dem Gesetz bewußt enthalten. Man glaubte, die wissenschaftliche Erforschung der Lehre nicht durch neue positive Gesetzesbestimmungen einengen zu dürfen.[2]) Es muß daher hier auf den Rechtszustand vor der Entstehung unseres Bürgerlichen Gesetzbuches kurz eingegangen werden.

Man hat verschiedentlich darauf hingewiesen, daß es nicht angängig sei, für das Verhältnis von Vertragsanspruch und Anspruch aus unerlaubter Handlung nach bürgerlichem Recht das Römische Recht heranzuziehen, da infolge der Verschiedenheiten der „actio" im Römischen Recht und des „Anspruchs" im Bürgerlichen Recht einer gemeinsamen Betrachtung die Grundlage entzogen sei.[3]) Dem steht aber entgegen, daß der Begriff des Anspruches als rein privatrechtliches Gebilde nicht erst ein Erzeugnis des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern der — wenn auch jüngeren — gemeinrechtlichen Wissenschaft ist; daß also der Einwand der veränderten Sachlage nur dann gerechtfertigt erscheinen könnte, wenn die Frage des Zusammentreffens nach Windscheid, dem Begründer der neuen Lehre vom „Anspruch", eine von dem älteren gemeinen Recht grundsätzlich abweichende Gestaltung erfahren hätte. Da eine derartig grundsätzliche Änderung nicht eingetreten ist, steht auch nichts im Wege, die Lehre vom römischen Aktionenkonkurs als den Ausgangspunkt des ganzen Streites in den Kreis unserer Betrachtung zu ziehen.

---

[1]) § 1 S. 2 f.
[2]) Motive I 278.
[3]) Hellwig: Lehrb. I S. 267 Anm. 61. — Burchard: § 3 S. 12.

Für das römische Recht fällt die Frage, welche Stellung das Recht der unerlaubten Handlungen im Rechtssystem hatte, zusammen mit der Frage, wie verhielt sich die actio legis Aquiliae zu den Vertragsklagen? Es ist bereits im Anfang unserer Darstellung darauf hingewiesen worden, daß man über die Zulässigkeit der actio legis Aquiliae neben der Vertragsklage eigentlich nicht streiten kann, wenn man auch über den Umfang des Zusammentreffens beider Anspruchsarten verschiedener Meinung sein kann. In der Tat wird selbst von den Anhängern der Gesetzeskonkurrenz die Fähigkeit der actio legis Aquiliae, mit der Vertragsklage zusammen zu treffen, nicht bestritten.[1]) Dies ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte der actio legis Aquiliae. Sie ist nicht nur für die Fälle geschaffen worden, die außerhalb jeglicher Vertragsbeziehung liegen.[2]) Gegen eine derartige Annahme spricht, daß die actio legis Aquiliae zunächst sich nur auf eine genau bestimmte Art von Sachbeschädigungen bezog, nämlich solche, die für die altrömische Lebensweise besonders einschneidend waren. Insbesondere fielen unter den Schutz des I. Kapitels der actio legis Aquiliae, welches der Ausgangspunkt für die spätere Fortbildung des Rechtes der Sachbeschädigungen war, nur die für die römischen Verhältnisse allerwichtigsten Vermögensbestandteile, wie sich aus den Worten ergibt: „Ut, qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.“ Die hier aufgeführten Rechtsgüter sollen unter allen Umständen wegen ihrer einschneidenden Bedeutung für das römische Wirtschaftsleben durch das aquilische Gesetz geschützt werden. Es ist keine Rede davon, daß sich dieser Schutz lediglich auf außervertragliche Schädigungen beziehen sollte, wie denn überhaupt jede Angabe darüber fehlt, unter welchen besonderen Verhältnissen der durch die lex Aquilia gewährte Rechtsschutz wirksam werden sollte. Gerade daraus muß aber gefolgert werden, daß das Anwendungsgebiet der actio legis Aquiliae nicht beschränkt war auf die Fälle, in denen nicht schon aus Vertrag Ersatz des entstandenen Schadens begehrt werden konnte, sondern daß das aquilische Gesetz ohne Rücksicht auf bestehende Vertragsverhältnisse allein den Erfolg im Auge hatte. Dieses Ergebnis wird auch nicht dadurch berührt, daß später im Kapitel III, das sich als sinngemäße Fortbildung des im Kapitel I geschaffenen Rechtsgrund-

[1]) O. Chr. Fischer § 1 S. 7. — Burchard § 3 S. 12.
[2]) Dernburg: Pand. 3. Aufl. I § 135 S. 313.
F. Müller: Fürsorgepflicht nach § 618 S. 110.

satzes darstellt, der Rechtsschutz gegenüber den in Kapitel I genannten Rechtsgütern erheblich erweitert worden ist; denn auch nach dieser Ausdehnung haben die Römer die Deliktsklage neben der Vertragsklage zugelassen. Dies ergibt sich schon daraus, daß trotz des Vorhandenseins einer Vertragsbeziehung mit der Klage aus dem Delikt das über den durch die Vertragsklage gewährten Ersatz hinausgehende Plus verlangt werden konnte, wenn die Deliktsklage ein solches, etwa infolge ihres pönalen Charakters, gewährte.[1])

Es ist infolgedessen der gemeinrechtlichen Wissenschaft beizutreten, wenn sie in sinngemäßer Weiterbildung des bereits im Römischen Recht enthaltenen Gedankens Vertrags- und Deliktsklage grundsätzlich unbeschränkt nebeneinander zugelassen hat.[2])

Da nun unser Bürgerliches Gesetzbuch, wie jedes Gesetz, etwas geschichtlich gewordenes ist, das nur aus seinem geschichtlichen Zusammenhang verstanden werden kann, muß angenommen werden, daß die im gemeinen Recht aus dem römischen Recht gewonnenen Rechtsgrundsätze auch in unserem bürgerlichen Recht ihren Niederschlag gefunden haben, solange sich nicht aus der Entstehungsgeschichte oder aus dem Gesetz selbst dessen gegensätzliche Stellung ergibt. Insbesondere muß dies von den Rechtsgedanken gelten, die sich, wie der von uns behandelte, mit dem grundsätzlichen Aufbau des gesamten Rechtsstoffes befassen; denn gerade diese grundlegenden Rechtssätze, die ohne im Gesetz ausdrücklich formuliert zu sein, vielfach das Ergebnis einer jahrhundertelangen, angestrengten geistigen Arbeit sind, und ohne die sich ein Gesetz wie das Bürgerliche Gesetzbuch als eine lose Aneinanderreihung von Einzelvorschriften, nicht aber als eine geschlossene geistige Einheit darstellen würde, pflegen nicht ohne gewichtige Gründe über Bord geworfen zu werden.

Da, wie bereits mehrfach erwähnt, aus der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches für unsere Lehre eine gegensätzliche Stellung des Gesetzes zu dem gemeinen Recht nicht

---

[1]) Peters: Klagenkonkurrenz § 3 S. 14. — Wrzeszinski: § 13 S. 26 f.

[2]) Windscheid: actio § 6 S. 31. — Savigny System V S. 226.
Vangerow: Lehrb. III 7. Aufl. § 681 Anm. 3.
Pernice: Sachbeschädigung S. 78,7.
Dernburg: Pand. 2. Aufl. II § 131 S. 349.
Arndts: 6. Aufl. § 105 S. 151.
Eisele: a. a. O. S. 327 ff.
Reichsoberhandels-Gericht Bd. 15 S. 86.

gefolgert werden kann, bleibt nur noch zu untersuchen, ob etwa aus dem Gesetz selbst, d. h. aus der Stellung der unerlaubten Handlungen im System, sich ein derartiger Gegensatz ergibt. Auch diese Frage muß m. E. verneint werden. Es ist bereits bei der Besprechung der verschiedenen Anhänger der Gesetzeskonkurrenz darauf hingewiesen worden, daß eine besondere Beziehung zwischen den Vertragsbestimmungen und den Vorschriften über unerlaubte Handlungen nicht, wie es z. B. Hellwig[1]) versucht hat, aus bestimmten Gesetzesbestimmungen (§§ 618 Abs. 3, 682 u. a. BGB.) zu ersehen ist. Wenn dies der Fall wäre, könnte von einem Zusammentreffen von Ansprüchen allerdings keine Rede mehr sein; denn es wäre im Gesetz unzweideutig bestimmt, daß, abgesehen von besonders normierten Ausnahmen, lediglich ein Anspruch zur Anwendung gelangen kann. Es ist daher auch unrichtig, oder doch zum mindesten mißverständlich, wenn die Anhänger einer besonderen Beziehung zwischen dem Vertragsrecht und dem Recht der unerlaubten Handlungen von einem Zusammentreffen reden; denn, wenn das Gesetz über das Verhältnis der beiden Arten von Vorschriften ausdrückliche Bestimmungen trifft, sind beide Gebiete reinlich geschieden und ein Gegeneinander ist nicht vorhanden.[2]) Es bliebe danach nur noch übrig, sich über die Art und Weise der Abgrenzung, die im Gesetz eingehalten sein muß, zu einigen.

Es muß demgegenüber aber daran festgehalten werden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch eine Bestimmung nicht enthält, aus der mit Bestimmtheit auf eine besondere Beziehung zwischen dem Vertragsrecht und dem Recht der unerlaubten Handlung derart, daß das Vertragsrecht Sonderrecht gegenüber dem Recht der unerlaubten Handlung sei, geschlossen werden könnte.[3]) Eine derartige Regelung der Frage würde auch der den Vorschriften über unerlaubte Handlungen im Gesetz beigemessenen Bedeutung zuwiderlaufen. Die Aufgabe, die das Bürgerliche Gesetzbuch den Vorschriften über den Vertrag zuteilt, ist verschieden von der der unerlaubten Handlungen.[4]) Die Vertragsnormen regeln die Durchsetzung von Privatinteressen unter den beteiligten Personen. Sie dienen dem friedlichen Austausch von Gütern. Im Gegensatz dazu haben die Vorschriften über unerlaubte Handlungen Sicherungszweck. Sie sollen allgemein dem Eingriff in fremde Rechtsgüter

[1]) Lehrb. I S. 268 Anm. 70.
[2]) F. Müller a. a. O. S. 109.
[3]) Prym § 7 S. 57 ff. — Krückmann Iherings Jahrb. 52, 430.
[4]) Komm. von Staudinger 5./6. Aufl. Vorbem. zu § 823 ff. III.

entgegenwirken.[1]) Die verschiedene Natur der beiden Normengruppen weist darauf hin, daß sie nicht im Verhältnis von lex specialis und lex generalis zu einander stehen können. Sie sind vielmehr selbständige Gebilde, die sich grundsätzlich in ihrer Anwendbarkeit gegenseitig nicht beschränken.[2]) Insbesondere schließt ein bestehendes Vertragsverhältnis nicht die Anwendung der Vorschriften über unerlaubte Handlungen aus;[3]) denn eine Verletzung fremder Rechtsgüter ist auch innerhalb des durch Vertrag geregelten Gebietes sehr wohl möglich. Für das Nebeneinander beider Ansprüche spricht auch die Tatsache, daß die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen in mancher Beziehung weitergehen, als die über den Vertrag, ihre Anwendung daher auch sehr oft einem praktischen Bedürfnis entspricht.

Es muß daher auch für das Bürgerliche Gesetzbuch wie im römischen und gemeinen Recht dabei bleiben:

„Der Dienstherr, der die Sorgfaltspflicht für die Dienstpersonen nach § 618 außer acht läßt; der Gastwirt, der in seiner Gastwirtschaft auf die Sicherheit seiner Gäste nicht Bedacht nimmt; der Eisenbahn- oder Fuhrwerks-Unternehmer, der die Beförderung von Personen oder Sachen übernommen hat und bei der Beförderung deren Beschädigung durch seine Schuld herbeiführt; der Arzt, der bei der Behandlung eines Kranken einen Kunstfehler begeht; sie alle haften für den dem anderen Vertragsteil durch Außerachtlassung ihrer Vertragspflicht zugefügten Schaden sowohl aus Vertrag wie nach Maßgabe der §§ 823 ff. bezw. des Reichshaftpflichtgesetzes.“[4])

Dieses Ergebnis ist auch um deswillen erfreulich, weil es zu gerechten Entscheidungen führt. Es gibt die Möglichkeit, dem Geschädigten auf jede Weise Ersatz zu verschaffen.

---

[1]) F. Müller: Fürsorgepflicht des § 618 S. 111.
[2]) RG. in Seuff. Bl. für Rechtsanwendung 1911 Nr. 1 S. 41.
[3]) RG. in JW. 1908, 432.
[4]) Komm. der R.-G.-Räte 2. Aufl. zu § 823 ff. Anm. 4.

Kapitel III.

Die Wirkungen des Zusammentreffens.

I.

Einfluß des Vertrages auf die Widerrechtlichkeit einer Handlung.

§ 11.

Nachdem unsere Betrachtung ergeben hat, daß das Vorhandensein eines Vertragsverhältnisses den Anspruch aus unerlaubter Handlung nicht anschließt, müssen wir noch untersuchen, in welcher Weise die Ansprüche aus Vertrag und unerlaubter Handlung im Falle ihres Zusammentreffens auf einander einwirken. Dabei wird es sich zunächst um die Feststellung handeln, ob die Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal der unerlaubten Handlung von dem Vertragsverhältnis beeinflußt werden kann.

Als rechtswidrig im Sinne des Gesetzes wird man jeden Eingriff in fremde Rechtsgüter bezeichnen müssen, zu dem nicht kraft besonderer Einwilligung eine Befugnis besteht.[1]) Diese Befugnis wird im Regelfall nur in einer ausdrücklichen Ermächtigung zur Vornahme der betreffenden Handlung gefunden werden können, doch lassen sich auch Fälle, — z. B. die der rechtmäßigen Züchtigungen und der Operationen an Bewußtlosen — denken, in denen die Befugnis des Eingriffes in fremde Rechtsgüter in der besonderen Sachlage gefunden werden muß, so daß es sich in Anbetracht dieser Fälle wohl empfehlen dürfte, zu sagen: nicht rechtswidrig ist jede Handlung, die mit objektiv berechtigten Mitteln objektiv berechtigte Zwecke verfolgt. Doch liegt in dieser Fassung keine grundsätzliche Abweichung von der allgemein üblichen Formulierung.

Nach der gegebenen Begriffsbestimmung ist rechtmäßig vor allem jede Handlung, zu der das Gesetz ausdrücklich eine Befugnis gewährt: die Fälle der Notwehr, der Selbsthilfe, der öffentlichrechtlichen Ermächtigung.[2]) Ohne Zweifel wird aber auch die

[1]) Komm. der R.-G.-Räte 2. Aufl. zu § 823 Anm. 10.
Oertmann 3./4. Aufl. zu § 823 Anm. 7 S. 1066.
Cosack 3. Aufl. § 163 I 2 a. — Prym S. 29.
F. Müller a. a. O. S. 113. — RG. in Seuff. Arch. 62, 262.

[2]) Liszt: § 6 S. 85 ff. — Prym: § 4 S. 26.

Rechtswidrigkeit des Eingriffs in fremde Rechtsgüter ausgeschlossen, wenn eine Einwilligung in die Vornahme der schädigenden Handlung durch Vertrag ausdrücklich gegeben ist, oder aus den Verhältnissen gefolgert werden muß. Dies kann natürlich nur für den Fall gelten, daß der Geschädigte nach den allgemeinen Grundsätzen in die Verletzung des Rechtsguts einwilligen, d. h. über das Rechtsgut verfügen kann.[1]) Da die Einwilligung auf dem Vertrag beruht, muß dieser gültig sein. Die vermeintliche vertragsmäßige Berechtigung zur Vornahme der schädigenden Handlung macht daher den Eingriff in fremdes Rechtsgut nicht zu einem rechtmäßigen.[2])

Über diese, den natürlichen Verhältnissen entsprechende Einwirkung hinaus, ist eine weitere Einschränkung des Begriffs der Widerrechtlichkeit durch den Vertrag nicht anzunehmen; insbesondere muß die Auffassung abgelehnt werden, daß die Rechtmäßigkeit des Eingriffs in allen Fällen bejaht werden müsse, in denen die Beziehungen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner durch Vertrag geregelt seien.[3]) Besonders Cosack[4]) hat diesen Standpunkt vertreten, allerdings nur bezüglich des § 823 Abs. 1 BGB. Die §§ 823 Abs. 2 und 826 läßt auch er trotz Vorhandenseins eines Vertragsverhältnisses zur Anwendung gelangen. Damit kommt Cosack aber innerhalb des Gebietes der unerlaubten Handlung zu zwei Arten der Widerrechtlichkeit. Ein Ergebnis, welches der Tatsache widerspricht, daß der Begriff der Widerrechtlichkeit für unser ganzes Rechtssystem einschließlich des Strafrechtes einheitlich geregelt ist.[5])

Für Blume[6]) ergibt sich die Rechtmäßigkeit des Eingriffs in fremde Rechtsgüter in dem Fall, daß eine Vertragsbeziehung zwischen dem Handelnden und dem Betroffenen besteht, aus der Tatsache, daß der Schuldner sich nach dem für ihn allein maßgebenden Befehl, den Zweck des Vertrags zu verwirklichen, nicht aber nach dem Verbot des Eingriffs in fremde Rechte zu richten habe. Da nun aber ein notwendiger Gegensatz zwischen

---

[1]) Oertmann 3./4. Aufl. zu § 823.
Planck 3. Aufl. zu § 823 II 3 S. 977. — Prym § 4 S. 26.

[2]) Oertmann 3./4. Aufl. Vorbem. zu § 823 ff. Anm. 5 b.
Zitelmann Arch. für Ziv. Prax. 99, 48 und 61. — Prym S. 26 Anm. 2.

[3]) vgl. dazu Prym § 4 S. 28 ff.

[4]) Cosack 3. Aufl. § 163 I 2 c S. 597 f.; ferner Endemann 8. Aufl. § 200 1 b und Anm. 10.

[5]) Liszt § 5 S. 72.

[6]) Blume im Recht 1905 S. 483.

dem Vertragsgebot und dem Verbot der unerlaubten Handlungen nicht besteht, ist es auch unrichtig, aus diesem Gegensatz Folgerungen zu ziehen. Die Haftung aus unerlaubter Handlung kann auch in den von Blume gedachten Fällen allein dadurch ausgeschlossen sein, daß die Widerrechtlichkeit der unerlaubten Handlung durch Vertrag beseitigt ist. Der Schädigende muß zur Vornahme der Handlung berechtigt sein. Darauf will Blume auch hinaus, wenn er die Haftung aus unerlaubter Handlung ausschließt, weil die schädigende Handlung erlaubt sei. Dies trifft aber in den von Blume angeführten Fällen nicht zu. Niemand wird zugeben, daß es einem Dienstmädchen erlaubt ist, zerbrechliche Geräte so zu spülen, daß sie entzwei gehen. Erlaubt sind nicht alle sich auf das Spülen beziehende Handlungen des Mädchens, sondern nur die, welche so vorgenommen sind, wie sie vorgenommen werden durften, d. h. nur solche, die nicht zu einer Zerstörung des Gerätes geführt haben.[1])

Völlige Klarheit scheint auch in den Ausführungen Cromes über diese Frage nicht zu herrschen. Crome[2]) läßt nämlich den Ausschluß der Widerrechtlichkeit über die Einwilligung hinaus auch für die Fälle zu, in denen die einzelnen Ansprüche unvereinbar oder zwar nicht unmittelbar erlaubt aber doch mittelbar gerechtfertigt sind. Wenn in diesen Ausführungen nur gesagt sein soll, daß der Wille der Parteien, in die Vornahme der Rechtsgüterverletzung einzuwilligen, abgesehen von der ausdrücklichen Vertragsvereinbarung auch aus der besonderen Sachlage ersehen werden kann, oder daß es Fälle gibt, in denen die Handlung deshalb rechtmäßig ist, weil sie mit objektiv berechtigten Mitteln objektiv berechtigte Zwecke verfolgt, so deckt sich die Ansicht Cromes mit der auch von uns gebilligten natürlichen Einschränkung der Widerrechtlichkeit. Darüber hinaus kann eine Einschränkung aber nicht erfolgen, insbesondere schließt das Bestehen einer Vertragsbeziehung zwischen den beteiligten Personen für sich allein die Widerrechtlichkeit einer unter das Gebiet der unerlaubten Handlung fallenden Rechtsgüterverletzung nicht aus.

Sehr zweifelhaft ist die weitere Frage, ob ein rechtmäßiges Verhalten zu einem rechtswidrigen werden kann, weil es dem zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsverhältnis widerspricht. In manchen Fällen wird die schädigende Handlung um

[1]) Enneccerus 4./5. Aufl. § 449 Anm. 9 Bd. I, II S. 588. Krückmann a. a. O. S. 437. — Prym S. 29/30 Anm. 3. — F. Müller S. 114.
[2]) Crome in DJZ. 1904, 18.

deswillen rechtswidrig sein, weil die das Vertragsverhältnis stützende Gesetzesbestimmung ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. ist. Da aber nicht alle privatrechtlichen Gesetzesbestimmungen Schutzgesetze sind, bleibt noch zu untersuchen, ob nicht aus einer etwa bestehenden Vertragsverpflichtung die Rechtswidrigkeit einer dieser Verpflichtung zuwiderlaufenden Handlung gefolgert werden muß.

Der Begriff der Widerrechtlichkeit, wie er für das positive Verhalten des Schädigenden zu fordern ist, reicht nicht aus für die Unterlassung. Diese wird vielmehr, wie allgemein anerkannt ist, erst widerrechtlich, wenn eine Pflicht zum Handeln bestanden hat[1]) Auch ist zuzugeben, daß die Pflicht zum Handeln nur einer allgemeinen, nicht auch einer lediglich den Einzelnen bindenden Verpflichtung entspringen kann. Diese Tatsache ist für eine Anzahl von Schriftstellern der Grund gewesen, die Frage, ob ein Vertrag die Rechtswidrigkeit einer Unterlassung begründen könne, zu verneinen.[2]) Man sagt, der Vertrag verpflichte nur den Einzelnen zu einem bestimmten Verhalten. Es gäbe keine allgemeine Bestimmung, welche die Erfüllung vertraglicher Pflichten gebiete. Eine solche Bestimmung könne um deswillen keine Bedeutung haben, weil sie nur den Sinn haben könnte: „Du hast die allgemeine Pflicht, Deine Pflicht zu tun."

Diese Ausführungen treffen m. E. nicht den Kern der Sache. Daß auch vertragliche Verstöße rechtswidrig sind, wird nicht bezweifelt. Es kann sich daher nur darum handeln, ob sie auch allgemein rechtswidrig sind. M. E. muß angenommen werden, daß durch die Verletzung des Vertrages die allgemeine Widerrechtlichkeit einer Handlung herbeigeführt werden kann. Die Bestimmung des § 823 Abs. 1 besagt nämlich, daß derjenige, welcher fremdes Leben, fremde Gesundheit, fremdes Eigentum widerrechtlich beschädigt, stets eine allgemeine und nicht nur den Einzelnen bindende Rechtspflicht verletzt. Den gesetzgeberischen Grund zeigt ohne Weiteres eine Betrachtung, der in § 823 Abs. genannten Rechtsgüter. Es handelt sich um die wichtigsten, über die der Mensch verfügt. Daraus folgt, daß derjenige, welcher eines der in § 823 Abs. geschützten Rechte durch eine Unterlassung ver-

[1]) Traeger: Unterlassungsdelikte Marburger Festgabe 1913 S. 66 ff.
Planck 3. Aufl. zu § 823 II 3.
Komm. der R.-G.-Räte 2. Aufl. zu § 823 Anm. 10.
Liszt § 5 S. 72. — RGE. 52, 373; 54, 53.

[2]) Zitelmann: Intern. priv. Recht II, 2 S. 472. — Prym S. 33 ff. u. a.

letzt, nicht nur rechtswidrig gegenüber seinem Vertragsgenossen, sondern allgemein widerrechtlich handelt, selbst wenn seine Verpflichtung zum Handeln lediglich einem Vertrag entspringt. Es ist nicht einzusehen, warum die Vertragsgenossen durch Vertrag außer den Pflichten, die lediglich den Vertragsgegner betreffen, nicht auch solche übernehmen können, die, ganz abgesehen von den zwischen ihnen bestehenden Rechtsbeziehungen, Pflichten der Allgemeinheit sind.

Zur Begründung unseres Standpunktes, der, wenngleich unter einigen Schwankungen, auch von dem Reichsgericht vertreten worden ist, kann auch das Strafrecht herangezogen werden, das, zumal mit Rücksicht auf die Forderungen der Rechtssprechung ebenfalls zu dem Ergebnis gelangt ist, daß auch durch Vertrag die allgemeine Rechtspflicht zum Handeln begründet werden kann.[1]) Der Dienstherr, der seine Pflichten nach § 618 BGB. nicht erfüllt, macht sich der vorsätzlichen oder fahrlässigen Tötung bezw. der Körperverletzung schuldig. Das Dienstmädchen, welches ein Kind, das ihm zur Überwachung anvertraut ist, ins Wasser fallen sieht, und es nicht rettet, obwohl es dazu ohne Gefahr für sein eigenes Leben in der Lage wäre, kann wegen vorsätzlicher Tötung bestraft werden. Wie aber gerade für das Bürgerliche Recht die Fähigkeit des Vertrages, eine allgemeine Rechtspflicht zum Handeln zu erzeugen, mit immer größerer Bestimmtheit anerkannt wird, zeigen die Ausführungen in dem Kommentar der Reichsgerichtsräte:[2])

„Es begründet keinen Unterschied, ob die außer acht gelassene Sorgfalt jemandem durch Gesetz oder durch Vertrag auferlegt war. Wer es einem andern gegenüber vertraglich übernimmt, an dessen Stelle Obliegenheiten zu erfüllen, deren Vernachlässigung geeignet ist, das Leben, den Körper oder die Gesundheit dritter Personen zu verletzen, macht sich einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 823 schuldig, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig unterläßt, für die Erfüllung jener Obliegenheiten zu sorgen. . . . . Er kann sich nicht darauf berufen, daß er die Verpflichtung nicht der Allgemeinheit, sondern nur dem Vertragsgegner gegenüber übernommen habe; er hat vielmehr dem anderen gegenüber eine Pflicht der Allgemeinheit übernommen."

---

[1]) Liszt: Lehrb. des Strafrechts 16./17. Aufl. § 30 II 1 S. 133.
Frank 5./7. Aufl. § 1 IV S. 23. — RG. in Str. 10 S. 100.
Liszt: Deliktsobligationen § 5 S. 72.
Traeger: Marburger Festgabe 1913 S. 82 ff.

[2]) Komm. der R.-G.-Räte 1. Aufl. zu § 823 Anm. 10.

Wir kommen daher zu dem Ergebnis:

1. Der Vertrag kann die Widerrechtlichkeit einer unerlaubten Handlung insoweit aufheben, als er die gültige Einwilligung in die Rechtsgüterverletzung enthält.

2. Jeder, selbst durch Unterlassung begangene, Eingriff in fremde Rechtsgüter ist widerrechtlich, wenn eine auch nur durch Vertrag begründete Rechtspflicht zum Handeln bestanden hat.

II.

Der Einfluß des Vertrages auf das Verschulden.

§ 12.

Zum Schluß ist noch zu untersuchen, ob der Vertrag auch einen Einfluß auf das Verschulden auszuüben vermag.

Es ist davon auszugehen, daß der Begriff des Verschuldens für das Vertragsrecht und das Recht der unerlaubten Handlung in § 276 BGB. einheitlich geregelt ist. Es besteht insofern zwischen den beiden Rechtsgebieten kein grundsätzlicher Unterschied. Objektiv fahrlässig im Sinne des Vertragsrechtes, wie auch nach dem Recht der unerlaubten Handlungen, handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Daraus folgt, daß, wenn jemand nach dem Vertrag ein höheres Maß von Sorgfalt aufwenden muß, um nicht nach der allgemeinen Verkehrsanschauung fahrlässig zu handeln, dieser verschärfte Maßstab auch bezüglich der unerlaubten Handlung Anwendung finden muß. Die Außerachtlassung dieser gerade in dem besonderen Fall erforderlichen Sorgfalt läßt die Handlungsweise des Schädigenden objektiv fahrlässig erscheinen. Die Haftung aus unerlaubter Handlung tritt in diesem Fall ein, obwohl sie ohne Vertragsbeziehung zwischen dem Beschädigten und dem Schädiger nicht wirksam werden könnte.

Von besonderer Bedeutung ist die Tatsache der grundsätzlich einheitlichen Regelung des Verschuldens für die Frage, ob durch den Vertrag der Grad des Verschuldens beeinflußt werden kann. Es kommen hierfür vor allem die Herabminderungen des vertraglichen Verschuldensgrades durch Vertragsberedung oder durch Gesetz in Betracht.

Es soll zunächst auf die Fälle der gesetzlichen Herabminderung des Verschuldens eingegangen werden. Nach § 690 BGB. hat der

Verwahrer, der die Aufbewahrung einer Sache unentgeltlich übernommen hat, nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Der Schenker einer Sache, (§ 521 BGB.) der Verleiher, (§ 599 BGB.) der Schuldner während des Gläubigerverzugs (§ 300 BGB.) haften nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Es fragt sich nun, bezieht sich diese gesetzliche Einschränkung des vertraglichen Verschuldens auch auf einen etwa mit dem Vertragsanspruch zusammentreffenden Anspruch aus unerlaubter Handlung. Man hat dieser Frage vielfach[1]) eine grundsätzliche Bedeutung beigemesssen und die Stellung zur Lehre des Zusammentreffens von ihr abhängig gemacht. M. E. zu Unrecht; denn mit demselben Recht müßte man auch der Frage, ob bezüglich der Widerrechtlichkeit eine Einwirkung des Vertrags stattfinden kann, grundsätzliche Bedeutung beimessen. Dies geschieht aber nirgends. Der Zusammenhang der Frage nach der Einschränkung des Verschuldens durch den Vertrag mit der Lehre vom Zusammentreffen ist nur ein sehr loser.[2]) Ein Zusammentreffen mehrerer Ansprüche findet eigentlich nicht statt. Wird nämlich die Einschränkung der Haftung bejaht, so entsteht weder ein vertraglicher noch ein deliktischer Anspruch; wird sie verneint, so entsteht nur ein Anspruch, und zwar der aus unerlaubter Handlung. Es besteht daher auch kein Anlaß, in der Frage der Einschränkung des Verschuldens im Falle der unerlaubten Handlung den Angelpunkt für die Lehre vom Zusammentreffen zu sehen. Daß sie im Zusammenhang mit dem Zusammentreffen der Ansprüche behandelt wird, entspricht einer alten Gewohnheit, die ihre Berechtigung darin finden mag, daß es sich um einen Akt der Grenzregulierung zwischen Vertragsrecht und dem Recht der unerlaubten Handlungen handelt.

In der Sache stehen sich zwei Anschauungen gegenüber. Die Vertreter der einen lassen eine Einschränkung der Haftung aus unerlaubten Handlungen nicht zu, und rechtfertigen dies mit der Selbständigkeit der Vorschriften über die unerlaubten Handlungen.[3]) Andere Schriftsteller treten für eine Herabminderung der Haftpflicht

---

[1]) Cosack 3. Aufl. § 163 I S. 598.
Bindseil § 4 S. 44. — Bürgner § 12 S. 44.

[2]) Prym § 5 S. 39.

[3]) Crome: Bürgerliches Recht 02 II § 325 5 und Anm. 32 S. 1015.
Dernburg: Bürgerliches Recht 1./2. Aufl. § 64 II, 3 b S. 139.
Enneccerus: Lehrb. 4./5. Aufl. I, 2 § 449 Anm. 9 S. 588.
Langheineken: a. a. O. S. 139. — Blume: a. a. O. S. 484.
O. Chr. Fischer § 14 S. 118 u. a.

auch aus unerlaubter Handlung ein, weichen aber in der Begründung ihrer Meinungen voneinander ab.[1])

Obwohl nicht zu verkennen ist, daß die Frage außerordentlich zweifelhaft ist, möchte ich doch die Einschränkung der Haftung aus unerlaubter Handlung zulassen. Aus der Geschichte ist allerdings für die Zulassung der Einschränkung wenig zu entnehmen; denn wenn auch bereits im gemeinen Recht angesehene Schriftsteller dafür eingetreten sind, daß der vom Gesetz normierte Ausschluß der Vertragshaftung bei leichter Fahrlässigkeit auch auf die unerlaubte Handlung sich zu erstrecken habe,[2]) so stehen denen eine nicht geringe Anzahl von Gegnern gegenüber, die mit gewichtigen Gründen jede Einschränkung ablehnen.[3]) Man wird daher günstigen Falls sagen können, die gemeinrechtliche Literatur widerspricht nicht unbedingt der Einschränkung der Haftung aus unerlaubter Handlung. Dazu kommt, daß in § 1488 des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches die Gegenmeinung auch gesetzlich zum Ausdruck gelangt ist. § 1488 lautete nämlich:

„Steht der Beschädiger mit dem Geschädigten in einem Vertragsverhältnis, welches ihn zur Haftung wegen Absicht und grober Fahrlässigkeit verpflichtet, so befreit ihn dies nicht von der Verpflichtung zum Ersatz des aus einer geringen Fahrlässigkeit durch widerrechtliche Handlung verursachten Schadens."

Aus der geschichtlichen Betrachtung sind daher für unsere Frage entscheidende Gesichtspunkte nicht zu gewinnen. Es bleibt infolgedessen als alleinige Quelle das Gesetz.

Ein Teil der Anhänger einer Einschränkung der Haftung aus unerlaubter Handlung nimmt an, daß in den gesetzlichen Bestimmungen, nach denen der Schädigende nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet, ein Verzicht auf den dem Schädigenden zur Last fallenden Grad von Verschulden zu erblicken sei.[4]) Nach ihnen ist die gesetzliche Vorschrift lediglich eine den Willen der Partei ergänzende Bestimmung. Aber auf diese Weise kann die Einschränkung der Haftung aus unerlaubter Handlung nicht begründet

---

[1]) Cosack: 3. Aufl. § 163 I 2c. — Isay: Geschäftsführung S. 401. Kipp, bei Windscheid 8. Aufl. Anm. e S. 888; vgl. auch DJZ. 03, 256. Liszt: Deliktsobligationen S. 13 ff. u. a.

[2]) Pernice: Sachbeschädigung S. 78 ff.

[3]) Vangerow: Leitfaden 1847 Bd. 3 § 681 Anm. 3 S. 573. Dernburg: Pand. 2. Aufl. Bd. 2 § 131 S. 349. Windscheid: Pand. 2. Aufl. II, § 455 Anm. 12 S. 647.

[4]) Pernice: a. a. O. S. 84 ff. — Behrend: S. 37. — Stipanski: Konkurr. S. 47.

werden; denn in diesem Verzicht könnte lediglich ein Erlaß der Rechtsfolgen der schädigenden Handlung erblickt werden. Diese Anschauung setzt sich aber auch insofern mit dem Gesetz in Widerspruch, als sie die Entstehung eines Vertragsanspruchs in allen Fällen — auch denen der leichten Fahrlässigkeit, für die nicht gehaftet wird — voraussetzt. In Wirklichkeit entsteht aber in diesen Fällen kein Anspruch aus Vertrag, da es an einem der erforderlichen Tatbestandsmerkmale, dem Verschulden, fehlt.[1])

Als irrig muß auch die Ansicht bezeichnet werden, welche die Einschränkung der Haftung aus unerlaubten Handlungen zuläßt, weil der mit dem geringeren als dem geforderten Grad von Verschulden begangenen Vertragsverletzung die Widerrechtlichkeit fehle;[2]) denn die Handlung bleibt rechtswidrig, obwohl sie eine Schadensersatzpflicht nicht nach sich zieht. Es besteht keine Befugnis zur Vornahme, auch wenn das Gesetz keine Rechtsfolgen an die schuldhafte Vertragsverletzung knüpft.

Es kommt daher m. E. lediglich darauf an, ob das Gesetz die Beschränkung der Haftung auf ein schwereres Verschulden auf die Vertragstatbestände, in denen es ausdrücklich bestimmt ist, beschränken will, oder ob es die Haftung auch in den Fällen ausschließen will, in denen die Vertragsverletzung sich zugleich als unerlaubte Handlung darstellt. Mit anderen Worten: sollen die Vertragsvorschriften, in denen die Haftungsbeschränkung angeordnet wird, Spezialbestimmungen gegenüber den Vorschriften der unerlaubten Handlungen sein oder sollen auch in diesem ganz besonders gearteten Fall beide Ansprüche als gleichwertige nebeneinander herlaufen? Ich möchte annehmen, daß die die Haftung mildernden Vertragsvorschriften Spezialbestimmungen sind. Sie treffen eine von den allgemeinen Grundsätzen der Vertragshaftung abweichende Regelung. Im Verhältnis zu diesen sind sie also zweifellos Spezialbestimmungen. Nun kann das gewiß nicht ohne Weiteres bedeuten, daß sie auch im Verhältnis zu den Vorschriften der unerlaubten Handlungen Sonderrecht enthalten sollen. Es spricht aber doch die Tatsache, daß eine von den allgemeinen Vertragsvorschriften abweichende Regelung vorliegt, dafür, daß das Gesetz in diesen Fällen an die Sorgfalt des Schuldners geringere Anforderungen stellen will, als es dies sonst tut. Es liegt somit

---

[1]) Prym: S. 42.

[2]) Krückmann: a. a. O. S. 443.
Komm. der R.-G.-Räte 2. Aufl. Vorbem. zu §§ 823 ff. Anm. 4.

in der Herabminderung der Haftung die Anerkennung, daß die strengere Haftung in diesen Fällen unbillig wäre. Es wird nun darauf ankommen, ob die Sachlage durch das Hinzutreten der unerlaubten Handlung eine derartige Verschärfung erfährt, daß das Gesetz für diesen Fall die Milderungsregel, die lediglich von dem Gefühlt der Billigkeit diktiert ist, außer Anwendung gesetzt haben will, oder ob die Milderung allgemein, d. h. ohne Rücksicht darauf, ob lediglich die Voraussetzungen der Vertragshaftung oder daneben auch die der Deliktshaftung gegeben sind, eintreten soll. Weil ich nicht einzusehen vermag, daß der Vertragstatbestand in unserem Fall durch das — oft willkürliche — Hinzutreten der Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung eine Verschärfung erfährt, möchte ich die Anwendung der Milderungsregel auch für die Fälle der unerlaubten Handlungen bejahen. Dafür spricht m. E. vor allem, daß in den weitaus meisten Fällen die Milderung ausgeschlossen sein würde, weil nach der besonderen Natur der in Frage kommenden Vertragsgeschäfte, — es handelt sich im Gegensatz zu anderen Vertragsverletzungen meist um Eigentumsverletzungen, die in § 823 Abs. 1 BGB. geschützt sind — die Voraussetzungen für eine durch eine leichte Fahrlässigkeit begangene unerlaubte Handlung gegeben sein werden.[1]) Eine derartige Einschränkung des Anwendungsgebietes der Milderungsregeln widerspricht aber der ihnen im Gesetz beigelegten Bedeutung. Es ist daher anzunehmen, daß die Beschränkung der Haftung im Vertragsrecht auch für das Gebiet der unerlaubten Handlungen Platz greifen soll.

Es entspricht den natürlichen Verhältnissen, daß sich diese Einschränkung nur auf solche Handlungen des Schuldners beziehen kann, die „in Erfüllung seiner auf dem Rechtsverhältnis beruhenden Verpflichtungen oder in Ausübung seiner darauf ruhenden Rechte" begangen sind.[2]) Für Handlungen, zu denen das Vertragsverhältnis lediglich die Gelegenheit bietet, kommt die Milderungsregel nicht in Betracht, weil auf sie die Grundsätze des Vertragsrechts keine Anwendung finden.

Manche Schriftsteller sind nun der Meinung, daß die Beschränkung der Haftung aus unerlaubter Handlung auf Grund der Vorschriften des Vertragsrechts im Gesetz hätte Ausdruck finden

---

[1]) F. Leonhard: Verschulden beim Vertragsschluß 1910 S. 33.
Kipp: DJZ. 1903, 256.
Komm. der R.-G.-Räte 2. Aufl. Vorbem. zu §§ 823 ff. Anm. 4.
RGE. 66, 363.

[2]) Kipp, bei Windscheid 9. Aufl. II S. 950.

müssen, um rechtliche Bedeutung zu haben.[1]) Darauf ist zu entgegnen, daß es selbstverständlich den Verfassern des Bürgerlichen Gesetzbuches freigestanden hätte, eine derartige Bestimmung etwa bei § 823 BGB. aufzunehmen. Da sie sich einer Stellungnahme zu der Frage des Zusammentreffens aber überhaupt enthalten und dies Gebiet der Wissenschaft vorbehalten haben, so ist auch nicht einzusehen, warum nicht aus der grundsätzlichen Betrachtung des Gesetzes die von uns vertretene Folgerung gezogen werden kann, daß die Milderungsregel des Vertragsrechtes jede Haftung, also auch die aus unerlaubter Handlung ausschließt, auch ohne daß sie ausdrücklich im Gesetz ihren Ausdruck gefunden hat.

Ganz ähnlich ist die Rechtslage für den Fall, daß durch Vertragsberedung zwischen den Parteien die Haftung auf einen höheren Grad von Verschulden beschränkt ist. Ein derartiger Erlaß der Haftung ist sowohl bei Vertragsverhältnissen wie auch bei unerlaubten Handlungen zuzulassen. Zu berücksichtigen ist dabei allerdings die Bestimmung des § 276 Abs. 2 BGB., wonach die Haftung für Vorsatz im Voraus nicht erlassen werden kann und die des § 138 BGB., wonach Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, nichtig sind.

Manche Schriftsteller vertreten nun die Ansicht, daß der Erlaß der Haftung aus unerlaubter Handlung ohne Weiteres als gegen die guten Sitten verstoßend anzusehen sei.[2]) Es fehlt jedoch für eine derartige Annahme jeder Anhalt.[3]) Ob der Erlaßvertrag gegen die guten Sitten verstößt und daher nichtig ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab und kann allgemein nicht beantwortet werden. Ebenso ist die Tatfrage, ob der Erlaß der Haftung aus Vertrag auch den Erlaß der Haftung aus unerlaubter Handlung in sich schließt. Verfehlt scheint mir auch die Ansicht von Prym,[4]) daß im Zweifel sich der Ausschluß der Vertragshaftung nicht auch auf die unerlaubten Handlungen erstrecke; denn die Vertragsschließenden werden in den meisten Fällen, zumal wenn es sich um Leute handelt, denen die innere Struktur unseres bürgerlichen Rechts fremd ist, bei einem derartigen Vertragsabschluß vor allem den Erfolg im Auge haben, und es wird ihnen nicht darauf ankommen, ob der Schaden, den sie von der Haftung des Schuldners ausnehmen,

---

[1]) Prym: § 5 S. 41. — Bindeseil: § 4 S. 44.

[2]) Endemann: 9. Aufl. § 200 Note 13.
O. Chr. Fischer: a. a. O. S. 119. — Bindeseil: S. 50 f.

[3]) Crome: § 324 Anm. 32 S. 1015. — Prym: S. 47.

[4]) Prym: S. 49.

auf Vertrag oder unerlaubter Handlung beruht. Ich meine daher im Gegensatz zu Prym: Es ist anzunehmen, daß der vertragliche Ausschluß der Vertragshaftung sich auch auf den Schaden aus unerlaubter Handlung bezieht, so lange nicht aus den vertraglichen Abmachungen der Beteiligten oder aus den Begleitumständen sich das Gegenteil ergibt.

Da der Täter auch im Falle des Erlasses der Haftung durch Vertrag die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt, ohne daß eine besondere Befugnis ihm die Vornahme der Handlung erlaubt, so bleibt seine Handlung trotz des Erlasses schuldhaft und widerrechtlich. Es werden durch den Erlaßvertrag lediglich die sonst an den Tatbestand sich anknüpfenden Rechtsfolgen des Schadensersatzes ausgeschlossen.

Lebenslauf.

Ich, Paul Albert, bin geboren am 3. November 1887 zu Mensfelden (Kr. Limburg) als Sohn des inzwischen verstorbenen Pfarrers Karl Albert und dessen Ehefrau Luise, geb. Hegmann.

Ich besuchte die Schule in Mensfelden, danach die Königl. Gymnasien in Weilburg und Wiesbaden. Ostern 1907 bestand ich die Reifeprüfung. Ich studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten München, Berlin und Marburg. Am 2. Juli 1910 bestand ich das Referendarexamen vor der Prüfungskommission des Königl. Oberlandesgerichts zu Cassel. Meine Ausbildung als Referendar erhielt ich bei dem Amtsgericht zu Rüdesheim, dem Landgericht zu Wiesbaden und der Staatsanwaltschaft zu Wiesbaden. Von Oktober 1911 bis Oktober 1912 genügte ich meiner Militärpflicht. Zur Zeit bin ich zu meiner Ausbildung bei einem Anwalt in Wiesbaden beschäftigt.

Mein mündliches Doktorexamen bestand ich am 9. Februar 1914 zu Marburg.

Die Anregung zu der vorliegenden Arbeit erhielt ich von Herrn Professor Dr. Leonhard zu Marburg, dem ich mich zu besonderem Dank verpflichtet fühle.